

البحر الرائق

شرح

كنز الدقائق

(في فروع الحنفية)

للشيخ الإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي

المتوفى سنة ٧١٠هـ

والشرح «البحر الرائق»

للإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي

المتوفى سنة ٩٧٠هـ

ومعه الحواشي المسماة

منحة الخالق على البحر الرائق

للعلامة الشيخ محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي

المتوفى سنة ١٢٥٢هـ

ضبطه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ زكريا عميرات

تنبيه

وضعنا متن "كنز الدقائق" في أعلى الصفحات، ووضعنا أسفل منه مباشرة نص "البحر الرائق" ووضعنا في أسفل الصفحات حواشي الشيخ ابن عابدين

الجزء السادس

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

باب خيار الشرط

باب خيار الشرط

من إضافة الشيء إلى سببه لأن الشرط سبب للخيار. وفي المصباح: الخيار والاختيار. وفسره في فتح الباري بالتخيير بين الإمضاء والفسخ وهو ثابت بالنص على غير القياس وحين ورد النص به جعلناه داخلاً على الحكم مانعاً له تقليلاً لعمله بقدر الإمكان، ولم نجعله داخلاً على أصل البيع للنهي عن بيع بشرط والبيع الذي شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسماً ومعنى لا حكماً، وللخالي عنه علة اسماً ومعنى وحكماً. قال أهل الأصول: الموانع خمسة: مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلم ينعقد في الحر لعدم المحل، ومانع يمنع تمامها كبيع مال الغير، ومانع يمنع ابتداء الحكم وهو خيار الشرط، ومانع يمنع تمامه كخيار الرؤية للمشتري، ومانع يمنع لزومه كخيار العيب. وقد حققنا في شرحنا على المنار أن تقسيمهم الموانع مبني على قول ضعيف للأصوليين وهو جواز تخصيص العلل، وأما على الصحيح من أنه لا يجوز تخصيصها فلا مانع لها أصلاً ففي كل موضع عدم الحكم فإنما هو لعدم العلة فتخلف الملك مع شرط الخيار إنما هو لعدم العلة لأنها البيع بلا خيار، وقولهم فيما فيه خيار علة اسماً ومعنى لا حكماً مجاز على الصحيح لأن الموجود فيه شرط العلة لا كلها لأنها لا تتم إلا بأوصاف ثلاثة: أن تكون موضوعة، وأن تكون مؤثرة، وأن يوجد الحكم عقبها بلا تراخ. فما دام الخيار باقياً لم تتم العلة فإذا سقط تمت وتمامه في تقرير الأكمل في بحث تقسيم العلل إلى سبعة. والخيارات في البيع لا تنحصر في الثلاثة كما قدمناه بل هي ثلاثة عشر خياراً. والرابع خيار الغبن وسنتكلم عليه في المرابحة حيث ذكروه هناك. والخامس خيار الكمية وقدمناه أول البيوع. والسادس خيار الاستحقاق وسيأتي في باب خيار العيب. والسابع خيار كشف الحال كما قدمناه. والثامن خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض

باب خيار الشرط

قوله: **(والسابع خيار كشف الحال كما قدمناه)** قال الرملي: قدمه في شرح قوله وبانا أو حجر لا يعرف قدره بقوله بعد أن قال لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً ثم أعلم به جاز وله الخيار، وهذا

صح للمتبايعين أو لأحدهما ثلاثة أيام ولو أكثر لا فإذا أجاز في الثلاث صح ولو باع

وسيأتي أيضاً. والتاسع خيار إجازة عقد الفضولي. والعاشر خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد كاشتراطه الكتابة. والحادي عشر خيار التعيين. الثاني عشر في المرابحة خيار الخيانة. الثالث عشر من الخيارات خيار نقد الثمن وعدمه كما يأتي في هذا الباب.

قوله: (**صح للمتبايعين أو لأحدهما ثلاثة أيام**) أي جاز للبائع وللمشتري معاً أو لأحدهما في المدة المذكورة. والظاهر أن الضمير يعود إلى الخيار. وفي الوقاية والنفاية: صح خيار الشرط فأبرزه والأولى ما في الإصلاح صح شرط الخيار لأن الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار، والأصل في ثبوته ما وراه ابن ماجه في سننه أن حبان بن منقذ بن عمر كان رجلاً قد أصابته آمة في رأسه فكسرت أسنانه وكان لا يدع على ذلك التجارة فكان لا يزال يغبن فأتى النبي ﷺ فذكر له ذلك فقال له: إذا أنت بايعت فقل لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فإذا رضيت فأمسك، وإن سخطت فأرددها على صاحبها. وحبان بفتح الحاء المهملة والباء الموحدة، والخلابة الخداع. وفائدة قوله «لا خلابة» أي لا خديعة في الدين لأن الدين النصيحة وللإعلام بأنه ليس من ذوي البصائر بالسلع فالواجب نصيحته فلا تخدعوه بشيء اعتماداً على معرفته بل انصحوه لأنه ليس عالماً بها؛ كذا في فتح الباري. والآمة شجة تصيب أم الرأس وكان حبان ألثغ باللام فكان يقول «لا خذابة» فقوله «إذا بايعت» شامل للبائع والمشتري وبه اندفع قول سفيان الثوري إنه لا يجوز إلا

الخيار خيار كشف الحال كما قدمناه في مسألة الحفيرة والمطمورة. قوله: (**والظاهر أن الضمير الخ**) قال في النهر أقول: الضمير في «صح» يعود إلى المضاف إليه بقرينة صح ولقد أفصح المصنف عنه في الخلع حيث قال: وصح شرط الخيار لها في الخلع لا له ومن غفل عن هذا قال ما قال اهـ. وفي حاشية أبي السعود عن الحموي: الأولى أن يجعل الضمير راجعاً إلى الخيار باعتبار كونه موصوفاً بالمشروطية قبل الإضافة فإن إضافة خيار إلى الشرط من إضافة الموصوف لا الصفة، ولا ينافيه قولهم إنه من إضافة الحكم إلى سببه والأصل باب الخيار المشروط على أن يكون المصدر بمعنى اسم المفعول يدلك على ذلك أن الموصوف بالصحة ليس الخيار فقط كما يوهمه كلام صدر الشريعة، ولا الشرط فقط كما يوهمه كلام صاحب الإصلاح. قوله: (**والخلابة الخ**) قال الرملي: ذكر شيخ الإسلام زكريا في شرح الروض هنا فروعاً وقواعدنا لا تأباها قال: فرع قوله ـ أي العاقد ـ لا خلابة بكسر الخاء عبارة في الشرع عن اشتراط خيار الثلاث ومعناها لا غبن ولا خديعة، فإن أطلقاها عالمين لا جاهلين ولا جاهل أحدهما معناها صح أي ثبت الخيار، وإن أسقط من شرط له الخيار ثلاثة أيام خيار اليوم الأول بطل الكل. قال في المجموع: وإن أسقط خيار الثالث لم يسقط ما قبله أو خيار الثاني بشرط أن يبقى خيار الثالث سقط خيار اليومين جميعاً لأنه كما لا يجوز أن يشرط خياراً متراخياً عن العقد لا يجوز أن يستبقي خياراً متراخياً. وإنما أسقطنا اليومين تغليباً للإسقاط لأن الأصل لزوم العقد، وإنما

....

للمشتري عملاً بحديث الحاكم «فجعل له الخيار فيما اشتراه» ولأنه إنما جاز للحاجة إلى دفع الغبن بالتروي وهما فيها سواء. وفي الخانية: إذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً اهـ. وقيد بقوله للمتبايعين الدال على أن الشرط كان بعد العقد أو مقارناً له للاحتراز عما إذا كان قبله، فلو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ثم اشترى مطلقاً لم يثبت كما في التتارخانية. وأطلقه فشمل البيع الفاسد فهو كالصحيح يثبت فيه خيار الشرط ولما كان خلاف الأصل فإذا اختلفا في اشتراطه فالقول لمن أنكره عند الإمام في ظاهر الرواية. وعند محمد: القول لمدعيه والبينة للآخر؛ كذا في الخانية. وشمل ما إذا شرطاه وقت العقد أو ألحقاه به فلو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح إجماعاً، فلو شرطاه بعده أزيد من الثلاثة فسد العقد عنده خلافاً لهما كما لو ألحقا بالبيع شرطاً فاسداً فإنه يلتحق ويفسد العقد عنده، وعندهما لا يفسد ويبطل الشرط. وفي جامع الفصولين: هو يصح في ثمانية أشياء: في بيع وإجارة وقسمة وصلح عن مال بعينه وبغير عينه وكتابة وخلع وعتق على مال لو شرط للمرأة والقن. ولو شرط الخيار للراهن جاز لا للمرتهن إذ له نقض الرهن متى شاء بلا خيار ولو كفل بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل جاز اهـ. ويصح شرط الخيار في الإبراء بأن قال أبرأتك على أني بالخيار؛ ذكره فخر الإسلام من بحث الهزل. ويصح أيضاً اشتراطه في تسليم الشفعة بعد طلب المواثبة ذكره فيه أيضاً ويصح اشتراطه في الحوالة أيضاً وفي الوقف على قول أبي يوسف، وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لأنها إجارة فهي خمسة عشر موضعاً. ولا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والإقرار بعقد والصرف والسلم والوكالة. علله قاضيخان بأنه إنما يدخل في لازم يحتمل الفسخ.

جوزنا خيار الشرط رخصة فإذا عرض له خلل حكم بلزوم العقد اهـ. فتأمله تجده موافقاً لمذهبنا والله تعالى أعلم اهـ. قوله: **(فهو كالصحيح يثبت فيه خيار الشرط)** قال في جامع الفصولين: حتى لو باع قناً بألف درهم ورطل خمر بخيار فقبضه وحرره لم يجز لا نافذاً ولا موقوفاً اهـ. قوله: **(وإجارة)** قال في جامع الفصولين: لو استأجر بخيار له ثلاثة أيام جاز كبيع فلو فسخ في الثالث هل يجب على المستأجر أجر يومين؟ أفتى صط أنه لا يجب لأنه لم يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار لأنه لو انتفع يبطل خياره. قوله: **(فهي خمسة عشر موضعاً)** زاد في النهر واحدة أخرى وهي الإقالة حيث قال: وفي البزازية الإقالة كالبيع يجوز شرط الخيار فيها وزاد على ما لا يصح الوصية أخذاً من تعليل قاضيخان الآتي فقال: وقياسه أن لا يصح في الوصية ونظم القسمين ولم يستوف عدهما بل ترك من القسم الأول الكتابة والمزارعة والمعاملة أي المساقاة، ومن الثاني الوصية وكأنه ترك الكتابة سهواً وما عداها لأنه غير منصوص. وقد نظمت الجميع مشيراً إلى ما فيه البحث فقلت: يصح خيار الشرط في ترك شفعة وبيع وإبراء ووقف كفالة وفي قسمة خلع وعتق إقاله وصلح عن الأموال ثم الحوالة. مكاتبة رهن كذاك إجارة وزيد مساقاة مزارعة له. وما صح في صرف نكاح إليه وفي سلم نذر طلاق

. . . .

وفي الولوالجية: اشترى عبداً واشترط أن للمشتري خيار يومين بعد شهر رمضان والشراء في آخر رمضان فهو جائز ويكون له الخيار ثلاثة أيام اليوم الآخر من رمضان ويومين بعده لأنه سكت عن الخيار يوم العقد وأمكن تصحيح هذا العقد، ولعل تصحيح هذا العقد باشتراط الخيار يوم العقد ويومين بعد رمضان. ولو قال البائع للمشتري لا خيار لك في رمضان فالبيع فاسد لأنه تعذر تصحيح العقد اهـ. وفي فتح القدير: لو قال له أنت بالخيار فله خيار المجلس فقط، ولو قال إلى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر إلى أن يخرج وقت الظهر، وعندهما لا تدخل الغاية اهـ. وكذا إلى الليل أو إلى ثلاثة أيام يدخل ما بعد إلى. وشمل ما إذا شرطاه في كل المبيع أو بعضه لما في السراجية: اشترى مكيلاً أو موزوناً أو عبداً وشرط الخيار له في نصفه أو ثلثه أو ربعه جاز مذكورة في الزيادات اهـ. وسيأتي حكم ما إذا كان المبيع متعدداً فجعل الخيار في البعض وهو خيار التعيين. وفي التتارخانية: وإذا اشترطه المشتري له في الثمن أو في المبيع كان له الخيار فيهما اهـ. ولو اشترى عبداً بألف درهم على أن المشتري بالخيار فأعطاه بها مائة دينار ثم فسخ البيع؛ فعن أبي يوسف الصرف جائز ويرد الدراهم والصرف باطل على قول أبي حنيفة؛ كذا في التتارخانية. فإن قلت: قد صرح فيه أنه لو أطلق الخيار فسد البيع ولا شك أن قوله «أنت بالخيار أو لك الخيار» إطلاق فما التوفيق؟ قلت: قد صور في الولوالجية والخلاصة مسألة أنت بالخيار أنه باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الإقالة بخلاف ما إذا أطلقاه وقت العقد. وفي الخانية: ابتداء التأجيل في البيع بثمن مؤجل بخيار من وقت سقوطه لا من وقت العقد، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، وللشفيع الطلب وقت العقد حيث علم لا وقت السقوط ويطلب في بيع الفضولي وقت الإجازة، وفي البيع الفاسد حين انقطاع الاسترداد، وفي الهبة بشرط العوض روايتان في رواية يطلب عنه القبض، وفي رواية عند العقد وهو الصحيح. ولو كان الخيار للبائع فصالحه المشتري على معين لإمضاء البيع صح ويكون زيادة في الثمن، وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على إسقاطه فحط عنه من الثمن كذا أو زاده عرضاً جاز اهـ، فلو صالحه البائع على إبطال البيع ويعطيه مائة ففعل انفسخ البيع ولا شيء له؛ كذا في التتارخانية. وأطلق في المتبايعين فشمل الأصيل والنائب فصح للوكيل والوصي كما في الخانية. ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للآمر أو لأجنبي صححاه، ولو أمره ببيع بخيار للآمر فشرط لنفسه لا يجوز وإن كان اشتراط الخيار لنفسه اشتراطاً للآمر لأن الآمر إذا أمره ببيع لا يكون للمأمور فيه رأي وتدبير ويكون للآمر كله وفيما فعله يكون له رأي ويكون للآمر بطريق التبعية فيكون مخالفاً. ولو أمره بشراء بخيار

وكالة. كذلك إقرار وزيد وصية كما مر بحثاً فاغتنم ذي المقالة. قوله: **(علله قاضيخان الخ)** لينظر

....

للآمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الآخر للمخالفة بخلاف ما إذا أمره ببيع خيار فباع باتاً حيث يبطل البيع أصلاً؛ كذا في الولوالجية. فإن قلت: هل يصح تعليق إبطاله وإضافته؟ قلت قال في الخانية: لو قال من له الخيار إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياري كان باطلاً ولا يبطل خياره، وكذا لو قال في خيار العيب إن لم أرده اليوم فقد أبطلن خياري ولم يرده اليوم لا يبطل خياره، ولو لم يكن كذلك ولكن قال أبطلت غداً أو قال أبطلت خياري إذا جاء غد فجاء غد ذكر في المنتقي أنه يبطل خياره. قال: وليس هذا كالأول لأن هذا وقت يجيء لا محالة بخلاف الأول اهـ. فقد سووا بين التعليق والإضافة في المحقق مع أنهم لم يسووا بينهما في الطلاق والعتاق. وفي التتارخانية: لو كان الخيار للمشتري فقال إن لم أفسخ اليوم فقد رضيت وإن لم أفعل كذا فقد رضيت لا يصح اهـ.

قوله: (**ولو أكثر لا**) أي لا يصح اشتراطه أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة. وقالا: يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر أنه عليه السلام أجاز الخيار إلى شهرين. وله أنه مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصاً على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي وهو يحصل فيها فلا حاجة إلى ما زاد عليها، ويدل عليه حديث عبد الرزاق أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله ﷺ البيع. وأما حديث ابن عمر فلم يعرف ولأنه جزء الدعوى لأنها جوازه أكثر من ثلاثة أيام، طالت المدة أو قصرت، وهو يقيد بمدة خاصة، ولأنه يحتمل خيار الشرط وخيار الرؤية والعيب فلا يكون حجة وإطلاق المدة عنده كاشتراط الأكثر في عدم الجواز وإفساد البيع. ولو قال المؤلف ولو أكثر أو مؤبداً أو مطلقاً أو موقتاً بوقت مجهول لكان أولى لأن البيع فاسد في هذه كلها كما في التتارخانية. وهكذا إذا كان المبيع مما لا يتسارع إليه الفساد، فإن كان مما يتسارع فحكمه في الخانية قال: اشترى شيئاً يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالقياس لا يجبر المشتري على شيء. وفي الاستحسان يقال للمشتري إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعاً للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل شراء شيء يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعي

ذلك في الصرف والسلم فإنه غير لازم ومحتمل الفسخ. قوله: (**كان باطلاً ولا يبطل خياره**) أقول: سيأتي في شتى البيوع قبيل باب الصرف أن مما لا يبطل بالشرط الفاسد تعليق الرد بالعيب وبخيار الشرط. ومال المؤلف هناك للأول بقوله: بأن قال إن وجدت بالمبيع عيباً أرده عليك إن شاء فلان، وللثاني بقوله: بأن قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياري إن شاء فلان فإنه يصح ويبطل الشرط اهـ. فتأمل وسيأتي تمام الكلام عليه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (**ولو قال المؤلف ولو أكثر أو مؤبداً الخ**) قال في النهر: إنما اقتصر على الثلاث لأنه محل الخلاف والفساد فيما

. . . .

البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فإن القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة، ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الأول والثاني على يد عدل، فإن عدلت يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الأول للبائع، ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لأن بيع القاضي كبيعه، وإن لم تعدل البينة فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لأن البيع لم يثبت وبقي أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضموناً عليه بالقيمة اهـ. وفي الظهيرية: ولو اشترى بيضاً أو كفرياً على أن البائع بالخيار فخرج الفرخ أو صار الكفري ثمراً بطل البيع لأنه لو بقي لبقي مع الخيار، ولو بقي معه لم يقدر البائع على إجازته، وإن أبى المشتري لكون المبيع صار شيئاً آخر. ولو باع قصيلاً فلم يقبضه حتى صار حباً يبطل البيع في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف لا يبطل اهـ. وفي الخانية: اشترى شيئاً في رمضان على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر رمضان فسد العقد في قول أبي حنيفة لأن عنده ما قبل الشهر يكون داخلاً في الخيار فيصير بمنزلة شرط الخيار أربعة أيام فيفسد العقد عنده. وقال محمد: له الخيار في رمضان وثلاثة أيام بعد رمضان ويجوز البيع، وكذا لو كان الخيار للبائع على هذا الوجه. ولو شرط المشتري على البائع فقال لا خيار لك في رمضان ولك الخيار ثلاثة أيام بعد مضي رمضان فسد البيع عند الكل لأنه لا وجه إلى تصحيح هذا العقد اهـ. والإجارة كالبيع. قال في البزازية: استأجر على أنه بالخيار ثلاثة أيام يجوز وعلى أكثر على الخلاف اهـ. وفي آخر إجارات الذخيرة قبيل الشفعة: اشتراط الخيار في غير العقد لا يفسده وإن زاد على الثلاثة اجماعاً اهـ. فهذا مما خالف فيه الإجارة البيع فإنهما إذا شرطاه بعد العقد أكثر من ثلاثة فسد البيع كما قدمناه. وأما اشتراطه في الخلع فقدمنا في بابه أنه يصح اشتراطه لها أكثر من ثلاثة أيام عنده، ويصح اشتراطه في الكفالة أكثر من ثلاثة ويصح اشتراطه للمحتال وهما في البزازية. وأما اشتراطه في الوقف فجائز عند أبي يوسف بناء على أصله من اشتراط الغلة لنفسه ولما أفتوا بقوله هناك فينبغي أن يفتى به أيضاً في جواز اشتراطه وقدمناه في الوقف. وفي المعراج: خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيته أخذته بعشرة فهو خيار. ولو باع على أن له أن يغله ويستخدمه جاز وهو على خياره، وعلى أن يأكل من ثمره لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن اهـ. وفي الذخيرة: وكذلك لو قال هو بيع لك إن شئت اليوم كان بيعاً بخيار.

قوله: **(فإذا أجاز في الثلاث صح)** لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحاً، والضمير يعود إلى من له الخيار. وقد اختلفوا في صفة العقد فقيل انعقد فاسداً ثم يعود صحيحاً بزوال المفسد وهو قول العراقيين، وعند الخراسانيين موقوف على إسقاط الشرط فبمضي جزء من

زاده بالإجماع كما في الدراية اهـ. وحق التعبير أن يقال إنما اقتصر على نفي الزيادة على الثلاث.

على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا فإن نقد في الثلاث صح

الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحاً، وهذا الطريق هي الأوجه واختارها الإمام السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر كما في الفوائد الظهيرية والذخيرة ولكن الأول ظاهر الرواية. وفي الخانية: فإن أسقط الخيار في الأيام الثلاثة أو أعتق العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزاً في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن. وإن حدث عند المشتري في الأيام الثلاثة عيب؛ إن كان عيباً يحتمل زواله في مدة الخيار كالمرض لا يبطل خياره إلا أنه لا يملك الرد قبل زوال العيب، وإن حدث به ما لا يحتمل الزوال لزمه البيع اهـ. وفي المعراج: لو شرط الخيار أبداً أو مطلقاً أو موقتاً بوقت مجهول فسد بالإجماع، وأما في أربعة أيام ونحوها فكذلك عند أبي حنيفة. ولو كان الخيار إلى قدوم فلان أو إلى هبوب الريح فأسقطاه لم يجز البيع عند أبي يوسف. ولو شرط الخيار لنفسه بعد شهر جاز عند أبي يوسف في الشهر وله الخيار بعده يوماً؛ كذا في المجتبى. ولم أرهم ذكروا للاختلاف السابق ثمرة وينبغي أنه لو كان عبداً فأعتقه قبل قبضه لم يصح على القول بانعقاده فاسداً، ويصح على القول بالوقف، وظاهر الخانية أنه ينقلب جائزاً بالاعتاق فلم تظهر الثمرة. ويمكن أن يقال: تظهر في حل مباشرته وحرمتها كما لا يخفى. وفي الاسبيجابي: الأصل عند أصحابنا الثلاثة أن الفساد على ضربين: فساد قوي دخل في صلب العقد وهو البدل أو المبدل، وفساد ضعيف لم يدخل في صلب العقد وإنما دخل في شرط مستعار زائد على العقد. فالأول لا ينقلب إلى الجواز برفع المفسد كما إذا باع بألف درهم ورطل من خمر ثم حط عن المشتري الخمر لا ينقلب إلى الجواز. وأما الفساد الضعيف فكمسألة الكتاب. وأما إذا باع إلى الحصاد أو الدياس ثم أبطل صاحب الأجل الأجل أو نقد الثمن انقلب إلى الجواز ولو مضت المدة المجهولة تأكد. ومن الثاني اشتراطه في عقد السلم فإن أبطله من له الخيار قبل التفرق صح إن كان رأس المال قائماً اهـ.

(فرع) لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط فلو باعه حماراً على أنه إن لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله وإلا لا لم يصح، وكذا إذا قال ما لم يجاوز به إلى الغد؛ كذا في القنية.

قوله: **(ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا)** أي لا يصح يعني عندهما. وقال محمد: يجوز إلى ما سمياه. والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقاً به فالإمام رحمه الله تعالى مر على أصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلاثة، وكذا محمد في تجويز الزيادة، وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس، وفي

قوله: **(في حل مباشرتها وحرمتها)** أي وحرمة المباشرة أي مباشرة العقد. قوله: **(وفي الذخيرة**

....

هذه المسألة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه بيع بشرط شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد أولى، وجه الاستحسان ما بينا؛ كذا في الهداية. وما ذكره من أن أبا يوسف مع الإمام قوله الأول وقد رجع عنه والذي رجع إليه أنه مع محمد؛ كذا في غاية البيان. وفي شرح المجمع: الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ حكموا على قوله بالاضطراب، وظاهر هذا الشرط أن المشتري إن لم ينقد الثمن في المدة فإن البيع ينفسخ لقوله «فلا بيع بينهما» ولذا قال في المحيط: وينفسخ البيع إن لم ينقد فإن كان المبيع عبداً قد أعتقه أو باعه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت الثلاثة نفذ عتقه وبيعه لأن هذا بمعنى شرط الخيار لأن الإجازة والفسخ تعلقا بفعل المشتري وهو النقد في الثلاثة وترك النقد فيها، ولو أعتقه أو باعه في خيار الشرط يلزم البيع فكذا هذا. ولو أعتقه بعد مضي الثلاثة ولم ينقد الثمن لم يذكره في ظاهر الرواية. وذكر في النوادر وقال: إن كان قبل القبض لا ينفذ عتقه وبعد القبض ينفذ ويجعل البيع فاسداً بمضي ثلاثة أيام متى ترك النقد، ولم يجعله مفسوخاً لأن قوله «إن لم أنقد إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا» توقيت للبيع وليس بفسخ له نصاً فمتى ترك النقد في الثلاثة صار كأنه قال بعتك هذا العبد إلى ثلاثة أيام فيكون توقيتاً للبيع وهو لا يقبل التوقيت فصار بمنزلة شرط فاسد فيفسد البيع اهـ. وهذا ما قاله في الفوائد الظهيرية هنا مسألة لا بد من حفظها هي أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ لا إن كان في يد البائع اهـ. وقد علمت أنها رواية النوادر. وفي الخانية: ولو مضت الثلاثة ولم ينقده أشار في المأذون إلى أنه ينفسخ البيع، والصحيح أنه يفسد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه بعد الأيام الثلاثة نفذ إن كان في يده وعليه قيمته لا إن كان في يد البائع اهـ. والخلاف السابق فيما لو شرط الخيار أكثر من ثلاثة ثابت هنا فيفسد عنده، ويرتفع بالنقد قبل مضي اليوم الثالث على ما ذهب إليه العراقيون، وموقوف على ما ذهب إليه الخراسانيون؛ كذا في الذخيرة. وأشار المصنف إلى جواز هذا الشرط للبائع.

وفي الذخيرة: وإذا باع عبداً ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما كان جائزاً وهو بمعنى شرط الخيار للبائع اهـ. فإن أعتقه البائع صح إعتاقه وإن أعتقه المشتري لا يصح؛ كذا في الخانية. والعجب أن في مسألة الكتاب المنتفع بهذا الشرط هو البائع مع أنهم جعلوا الخيار للمشتري باعتبار أنه المتمكن من إمضاء البيع بالنقد ومن فسخه بعدمه، وفي عكسه المنتفع بهذا الشرط هو المشتري مع أنهم جعلوا الخيار للبائع باعتبار أن البائع متمكن من الفسخ إن رد الثمن في المدة ومن الإمضاء إن لم يرده. وفي الذخيرة

والخانية ولو اشترى عبداً الخ) هذه من مسائل بيع الوفاء وما ذكر فيها من الحكم على القول الخامس

....

والخانية: ولو اشترى عبداً وقبضه ثم وكل المشتري رجلاً على أنه إن لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوماً فإن الوكيل يفسخ العقد بينهما جاز البيع لأن الشرط لم يكن في البيع فيجوز البيع ويصح الشرط حتى لو لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوماً كان للوكيل أن يفسخ. وفي الخانية: اشترى جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وقبض المشتري فباع ولم ينقد الثمن حتى مضت الأيام الثلاث جاز بيع المشتري وللبائع الأول على المشتري الأول الثمن كما لو باع بشرط الخيار للمشتري ثلاثة أيام، وكذا لو قتلها المشتري في الأيام الثلاثة أو ماتت أو قتلها أجنبي خطأ وغرم القيمة لزم البيع، ولو كان المشتري وطئها وهي بكر أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا بفعل أحد ثم مضت الأيام الثلاثة قبل أن ينقد الثمن خير البائع إن شاء أخذها مع النقصان ولا شيء له من الثمن، وإن شاء ترك وأخذ ثمنها اهـ. وفي المحيط: لو قطع المشتري يدها وقبضها بعد الثلاثة ولم ينقد الثمن خير البائع إن شاء سلمها له وإن شاء أخذها ونصف الثمن. وفي التتارخانية: لو قطعها أجنبي في الثلاثة فقد لزم البيع اهـ. ثم قال في المحيط: فإن كان افتضها ضمنه من الثمن ما نقصها، ولو ولدت بعد الثلاثة وماتت كان البائع بالخيار إن شاء أخذ الولد وضمنه حصتها من الثمن وإن شاء سلم الولد بالثمن مع أمه لأن البيع لا ينفسخ لعدم النقد في الثلاثة ما دام الولد قائماً في يد المشتري لأن الزيادة المنفصلة مانعة من الانفساخ إلا أنه مات الأصل وبقي التبع فله أن يختار التبع بحصته من الثمن، ولو كان الثمن عرضاً أو عبداً وحدث ذلك كله في الثلاث ثم مضت الثلاث فما يمنع الفسخ إذا كان الثمن دراهم يمنعه هنا وما لا فلا، وما أثبت الخيار هناك أثبته هنا. ولو مضت الثلاثة ثم حدث ذلك كله فهو مثل الإقالة لأنه لما مضت الثلاثة انتقض البيع وعاد كل عرض إلى ملك صاحبه اهـ. ثم اعلم أن بالقاهرة بيعاً يسمى بيع الأمانة كما ذكره الزيلعي ويسمى أيضاً الرهن المعاد كما في الملتقط، وسماه الفقهاء بيع الوفاء ويذكرونه في موضع من ثلاثة، فمنهم كالبزازي من ذكره في البيع الفاسد، ومنهم من ذكره هنا عند الكلام على خيار النقد كقاضيخان، ومنهم من ذكره في الإكراه كالزيلعي، وذكره هنا أنسب لأنه من أفراد مسألة خيار النقد وصورته: أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك عليّ على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول البائع بعتك هذا بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إلي فقد اختلفوا فيه على ثمانية أقوال مذكورة في البزازية: الأول ما اختاره صاحب المنظومة أنه رهن حقيقة فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن البائع، ويضمن ما أكل من نزله وما أتلف من الشجرة ويسقط الدين بهلاكه، ولا

الآتي في كلام المؤلف؛ كذا نبه عليه في النهر. قوله: **(لأنه من أفراد مسألة خيار النقد)** قال في النهر: إنما يكون من أفراده بناء على القول بفساده إن زاد على الثلاث لا على القول بصحته إذ خيار

....

يضمن ما زاد كالأمانة ويسترد عند قضاء الدين. الثاني أنه بيع صحيح باتفاق مشايخ الزمان للعرف وما يفعله البائع من التعمير وأداء الخراج فهو بطريق الرضا لا الجبر كما لا يجبر على ترك الوفاء وجعله باتاً، وللمشتري المطالبة بالثمن فإن انهدمت الدار لا يجبر البائع على رد الثمن، وكذا إذا كان المبيع عيناً هلك فإنه يتم الأمر ولا سبيل لأحدهما على الآخر.

وذكر الزيلعي أن الفتوى على أنه بيع جائز مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه للغير. الثالث ما اختاره قاضيخان وقال: الصحيح أنه إن وقع بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم إن شرطا فسخه في العقد أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع وعندهما هذا البيع غير لازم فالبيع فاسد، وإن ذكرا البيع بلا شرط ثم شرطاه على وجه المواعدة جاز البيع ولزم الوفاء، وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فراراً من الربا فبلخ اعتادوا الدين والإجارة وهي لا تصح في الكروم، وبخارى الإجارة الطويلة ولا يكون ذلك في الأشجار فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه. وقد نص في غريب الرواية عن الإمام أن البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها في العقد وهي والوفاء واحد. الرابع ما قاله في العدة واختاره ظهير الدين أنه بيع فاسد ولو ألحقاه بالبيع التحق وأفسده ولو بعد المجلس على الصحيح. ولو شرطاه ثم عقداً مطلقاً إن لم يقرا بالبناء على الأول فالعقد جائز ولا عبرة بالسابق كما في التلجئة عند الإمام. الخامس ما اختاره أئمة خوارزم أنه إذا أطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلاً يفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن أو عهد أنه إذا أوفاه يفسخ البيع والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش أو وضع المشتري على أصل المال ربحاً بأن وضع على مائة عشرين ديناراً فرهن وإلا فبيع بات. القول السادس ما اختاره الإمام الزاهد أن الشرط إذا لم يذكر في البيع كان بيعاً صحيحاً في حق المشتري حتى ملك الإنزال ورهناً في حق البائع فلم يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره وأجبر على الرد إذا أحضر الدين لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن ككثير من الأحكام له حكمان كالهبة حال المرض وبشرط العوض فجعلناه كذلك لحاجة الناس إليه فراراً عن الربا. فبلخ اعتادوا الدين والإجارة وهي لا تصح في الكروم، وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة ولا تمكن في الأشجار فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه وقد نص في غريب الرواية عن الإمام أن البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها في العقد وهي والوفاء واحد. واختار الصدر الشهيد تاج الإسلام والإمام المرغيناني والإمام علاء الدين المعروف ببدر أن البيع بشرط الرد عند نقد الثمن أن المشتري يملكه. وقال الإمام علاء الدين: يملكه انتفاعاً فإن باعه المشتري من غيره أجابوا ـ سوى علاء الدين ـ بصحة البيع

النقد مقيد بثلاثة أيام وبيع الوفاء غير مقيد بها فأنى يكون من أفراده. قوله: **(فبلخ الخ)** هكذا وجد

وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ويقبض المشتري يهلك بالقيمة وخيار المشتري لا يمنع

الثاني لأنه سلمه البائع الأول إلى المشتري برضاه. القول السابع أنه غير صحيح واختاره صاحب الهداية وأولاده ومشايخ زماننا وعليه الفتوى أعني لا يملك المشتري بيعه من الغير كما في بيع المكره لا كالبيع الفاسد بعد القبض. وسئل الصدر عنه بأنه يجعل فاسداً ويمنع من الاسترداد بعد البيع من غيره كالفاسد وإن قضى الدين قال: هذا كبيع المشتري من المكره. قيل له: فإن أكل المشتري غلة الكرم والأرض والدار؟ قال: حكمه حكم الزوائد في البيع الفاسد يعني أنه يضمنه إذا استهلكه ولا يغرم إن هلك كزوائد المغصوب. القول الثامن الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ، وصحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه ولم يملك قطع الشجرة ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه وانقسم الثمن إن دخله نقصان كما في الرهن. قلت: هذا العقد مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما اهـ. وفي المستظرف: الزرافة حيوان عجيب الخلقة ولما كان مألوفها الشجرة خلق الله يديها أطول من رجليها وهي ألوان عجيبة، يقال إنها متولدة من ثلاثة حيوانات الناقة الوحشية الضبع والبقرة الوحشية، فينزو الضبع على الناقة فتأتي بذكر، فينزو ذلك الذكر على البقرة فتتولد منه الزرافة. والأصح أنه خلقة بذاته ذكر وأنثى كبقية الحيوانات. وقد فرع في البزازية فروعاً كثيرة يحتاج إليها في بيع الوفاء تركناها خوفاً من الإطالة، وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع قوله: **(فإن نقد في الثلاث صح)** يعني في قولهم جميعاً وقدمنا صفة انعقاده في الابتداء إما فاسد أو موقوف كما في خيار الشرط، ولم أر ثمرة للاختلاف فإنه إذا أسقطه قبل دخول الرابع جاز اتفاقاً، وإن دخل تقرر فساده اتفاقاً. ولعل الثمرة تظهر في حل الاقدام عليه وعدمه، ويمكن أن يقال في ثبوت الملك بالقبض فمن قال بفساده أثبته ومن قال بالوقف نفاه.

قوله: **(وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه)** لأن تمام هذا السبب بالمراضاة فلا يتم مع الخيار فينفذ عتق البائع ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع. ودل كلامه على أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه للعلة المذكورة، وأن الخيار إذا كان لهما لم يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري. وفي البدائع: أن حكم البيع بخيار موقوف على معنى أنه لا يعرف له حكم للحال والخيار مانع من انعقاد الحكم. وفي المعراج: إلا أن السبب المنعقد في الأصل يسري إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونه محلاً له عند وجود

بعامة النسخ مكرراً مع السابق وليس تكراراً في الحقيقة بل دعا إليه تعليل كل من القولين فليتأمل اهـ. مصححه. قوله: **(وفي الخانية أن الأولاد والأكساب الخ)** مقتضى هذا أن الزيادة المنفصلة

....

الشرط، فكما يثبت الحكم في الأصل يثبت في الزوائد اهـ. يعني فالأصل وإن بقي على ملك من له الخيار لا يملك الزوائد إذا أجيز البيع. وفي الخانية: إن الأولاد والأكساب فيما إذا كان الخيار للبائع تدور مع الأصل، فإن أجيز كانت للمشتري، وإن فسخ كانت للبائع، وإن كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع فكذا الجواب، وإن حدثت عند المشتري كانت له تم البيع أو انتقض. قيل: هذا قولهما، أما على قوله فهي دائرة مع الأصل. وفي جامع الفصولين: لو كان الخيار إلى البائع فسلم المبيع إلى المشتري، فلو سلمه على وجه التمليك بطل خياره لا لو سلمه على وجه الاختيار، ولو حط عنه شيئاً من الثمن فعلى قياس مسألة الإبراء ينبغي أن يبطل خياره اهـ. وقال قبله: باع بخيار فوهب ثمنه للمشتري في المدة أو أبرأه عن ثمنه أو شرى به شيئاً من المشتري صح تصرفه وبطل خياره، ولو اشترى من غير المشتري شيئاً بذلك الثمن بطل خياره ولم يجز شراؤه اهـ. وكتبنا في الفوائد من الفائدة الرابعة أن خيار الشرط في البيع يمنع الحكم ولا يبطل البيع إلا في مسألة ما إذا شرط الخيار في بيع الفضولي فإنه مبطل البيع ولا يتوقف، لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط مبطلاً؛ كذا في فروق الكرابيسي. وفيها أيضاً من الحادية والخمسين بعد المائتين: لا يصح الإبراء عن الدين قبل لزوم أدائه إلا في مسائل فلينظر ثمة. وإذا كان الخيار للبائع فإنه يملك مطالبة المشتري بالثمن بخلاف ما إذا كان للمشتري كما في جامع الفصولين. وإن هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء عليهما كما في المطلق عنه، وإن تعيب في يد البائع فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله لا يكون مضموناً عليه ولكن المشتري يتخير إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخ كما في البيع المطلق. وإن كان العيب بفعل البائع ينتقص البيع فيه بقدره لأن ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه وتسقط به حصته من الثمن؛ كذا ذكر الشارح. ثم اعلم أن الخيار إذا كان للبائع ثم أجازه فالملك للمشتري يقتصر على وقت الإجازة ولا يستند إلى وقت العقد لما في الخانية: رجل اشترى ابنه من رجل على أن البائع بالخيار ثم مات المشتري فأجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه اهـ. فعدم إرثه دليل على الاقتصار ولكن عتقه يدل على الاستناد وإلا لم يعتق كما لا يخفى.

قوله: **(وبقبض المشتري يهلك بالقيمة)** لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضاً بيده على سوم الشراء وفيه القيمة؛ كذا في الهداية. والمراد بالقيمة في المشبه والمشبه به البدل يشمل المثلي فإنه مضمون بالمثل والقيمي هو المضمون

المتولدة كالأولاد لا تمنع الرد ويبقى الخيار للمشتري معها وهو مخالف لما سيأتي في شرح قوله «وتم العقد» حيث ذكر أنها تمنعه اتفاقاً، وكذا سيأتي قريباً في شرح قوله «كتعيبه». قوله: **(فعدم إرثه دليل على الاقتصار)** قال في النهر بعد أن ذكر قول الخانية المار «إن الأولاد والأكساب الخ»: وأنت خبير

....

بالقيمة، والكلام هنا في موضعين في حكم المشبه وهي مسألة الكتاب ولا فرق بين هلاكه في مدة الخيار مع بقائه أو بعدما فسخ البائع البيع كما في جامع الفصولين، وأما إذا هلك في يده بعد المدة من غير فسخ فيها فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار. وفي مسألة الكتاب إذا ادعى البائع هلاكه في يده ووجوب القيمة له وادعى المشتري أنه أبق من يده فالقول للمشتري مع يمينه لأن الظاهر حياته، ويجوز البيع على البائع ويتم لأن بمضي الثلاثة يسقط خياره. وكذا لو كان البائع هو الذي يدعي الإباق والمدعي يدعي الموت فالقول للبائع مع يمينه؛ كذا في السراج الوهاج. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا دخله عيب في يد المشتري وفي السراج الوهاج: إن كان من ذوات القيم يجب عليه ضمان ما نقص يوم القبض، وإن كان مثلياً فليس له أن يضمنه نقصانه لشبهة الربا اهـ. وفي جامع الفصولين: باع أرضاً بخيار وتقابضا فنقض البائع في المدة فتبقى الأرض مضمونة بالقيمة على المشتري وله حبسها لثمن دفعه إلى البائع، فلو أذن البائع بعده للمشتري في زراعتها فزرعها تصير الأرض أمانة عند المشتري وللبائع أخذها منه متى شاء قبل أداء الثمن، وليس للمشتري حبسها بالثمن لأنه لما زرعها صار كأنه سلمها إلى البائع اهـ. وأما الثاني أعني المشبه به وهو المقبوض على سوم الشراء فأطلقه في الهداية وقيده في أكثر الكتب بأن يسمي ثمنه. وعبارة الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى: المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضموناً إذا كان الثمن مسمى؛ نص عليه الفقيه أبو الليث في بيوع العيون فإنه ذكر إذا قال اذهب بهذا الثوب فإن رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن، وإن قال إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك فإنه يضمن القيمة وعليه الفتوى اهـ. وفي الظهيرية أن هذا الشرط في ظاهر الرواية. وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل بعد ذكر منقولات فتحرر أنه مضمون أن ذكر الثمن حالة المساومة، والمراد بذكر الثمن فيه من جانب المشتري لا من جانب البائع وحده فإنه قال في القنية عن أبي حنيفة: قال له هذا الثوب بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه فإن رضيته أخذته بعشرة فضاع فهو على ذلك الثمن، فجعل ذكر البائع وحده ليس بموجب للضمان. وكذا في المسألة التي ذكر بعد هذه: لو قال إن رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته، ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم حتى أنظر إليه وقبضه وضاع لا يلزمه شيء. فعلمنا أن المراد ذكر الثمن من جهة المساوم لا من جهة البائع وحده إلى أخر ما أطال فيه. وقال: فليعتن بهذا التحرير فإنه فائدة جليلة. قلت: هو خطأ وبيان الثمن من جهة البائع وحده إذا أخذه المشتري بعده على وجه السوم كافٍ لضمانه.

قال في الخانية: رجل طلب من رجل ثوباً ليشتري فأعطاه البائع ثلاثة أثواب فقال هذا

بأن هذا يعين كونه مستنداً وبه صرح الشارح في الزوائد. وإنما لم يستند الإرث لأن العقد لا يصلح

....

بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فاحمل الثياب إلى منزلك فأي ثوب ترضى بعته منك، فحمل فهلكت عند المشتري قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن هلكت الكل جملة أو على التعاقب ولا يدري الذي هلك أولاً ولا الذي بعده ضمن المشتري ثلث كل ثوب، وإن عرف الأول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة عنده، وإن هلكت الثوبان وبقي الثالث فإنه يرد الثالث لأنه أمانة، وأما الثوبان يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما إذا كان لا يعلم أيها هلك أولاً، وإن هلك واحد وبقي ثوبان يلزمه ثمن الهالك ويرد الثوبين، وإن احترق الثوبان ونقص الثالث ثلثه أو ربعه ولا يعلم أيهما احترق أولاً يرد ما بقي من الثالث ولا يضمن نقصان الحرق بقدره ويلزمه نصف ثمن كل واحد من الثوبين اهـ. فهذا صريح في أن بيان الثمن من جهة البائع يكفي للضمان. وفي الخلاصة والبزازية: اذهب به إن رضيته اشتريت فذهب به فضاع لا يضمن، ولو قال إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به وضاع ضمن اهـ. وهذا صريح فيما قلناه، وقد اشتبه عليه المقبوض على سوم الشراء بالمقبوض على وجه النظر فإن فيما نقله عن القنية إنما قال المساوم حتى أنظر إليه والمقبوض على وجه النظر أمانة، وما ذكرناه عن أصحاب الفتاوى إنما قال إن رضيته اشتريته والدليل على الفرق بينهما

أن يكون سبباً كالعتق إذ سببه إنما هو القرابة فتدبره قوله: **(وهذا صريح فيما قلناه)** قال الرملي: الظاهر أن ذلك صادر من المشتري لا من البائع فكان شاهداً عليه لا له، نعم ما تقدم عن الخانية صريح فيما قاله فتأمل اهـ. قلت: ونقل الطرسوسي عن الخانية أيضاً: رجل يبيع سلعة فقال لغيره أنظر فيها فأخذها لينظر فيها فهلكت في يده لا يضمن، وإن قال الناظر بعد ما نظر بكم تبيع قالوا يكون ضامناً، والصحيح أنه لا يكون ضامناً إلا إذا قال صاحب السلعة بكذا اهـ. وأوله الطرسوسي بما إذا قال المشتري أيضاً بكذا ليوافق ما حمل عليه كلامهم من عدم الاكتفاء ببيان الثمن من البائع فقط، وهذا يبعد ما في شرح نظم الكنز للعلامة المقدسي من أن المؤلف لم يدر مراد الطرسوسي فحمله على الخطأ وذلك أنه أراد أنه لا بد من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكماً. أما الأول فظاهر، وأما الثاني فبأن يسمي أحدهما ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به كما في قوله هاته فإن رضيته أخذته بعشرة فإن تسليمه بعد قوله دليل الرضا بخلاف قوله حتى انظر فإنه لم يوافقه على ما سمى بل جعله مغياً بالنظر وأعرض عما سمى وجميع ما ذكروه وفيه تسمية أحدهما وحكموا بالضمان فهو من ذلك القسم الثاني عند التأمل، ومن نظر عبارة الطرسوسي وجدها تنادي بما ذكرناه اهـ. ولم أر في كلام الطرسوسي ما ينادي بما ذكره بل الذي صرح به أن الضمان فيما لو ذكر البائع والمساوم في حالة المساومة ثمناً أو ذكره المشتري وحده. وقال أيضاً: ولو كان يكتفي بذكر الثمن من جهة البائع وحده لكان يجب الضمان في قولهم قال صاحب الثوب هو بعشرة أو أخذه بعشرة وقال المساوم هاته حتى أنظر إليه وقبضه وضاع وهلك في يده أنه يضمن، وقد نصوا في جميع الكتب أنه

....

ما في الخانية قال: ولو أخذ ثوباً على المساومة فدفعه إليه البائع وهو يساومه والبائع يقول هو بعشرة فهو على الثمن الذي قال البائع حتى يرد عليه المشتري، وإن ساومه فقال المشتري حتى أنظر إليه فدفعه فضاع منه فليس على المشتري شيء لأنه إنما أخذه للنظر، وإن أخذه على غير النظر ثم قال حتى انظر إله فقوله حتى أنظر إليه لا يخرجه عن الضمان اهـ. فهذا صريح في الفرق بينهما. وفي الذخيرة معزياً لأبي يوسف: رجل ساوم رجلاً بثوب فقال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى أنظر إليه فدفعه إليه على ذلك فضاع لا يلزمه شيء. علل فقال: لأنه أخذه على النظر إشارة إلى أن هذا ليس بمقبوض على سوم الشراء اهـ. فهذا صريح في الفرق بينهما أيضاً. وفي الفتاوى الظهيرية: رجل قال هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه أو قال حتى أريه غيري فأخذه على ذلك فضاع في يده لم يضمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولو قال هاته فإن رضيته أخذته فضاع كان عليه الثمن اهـ. وهذا صريح أيضاً فثبت بهذه النقول من الكتب المعتمدة أنه لا فرق في المقبوض على سوم الشراء بين بيان الثمن من البائع أو من المشتري وحده، ولقد صدق ختام المحققين ابن الهمام في فتح القدير حيث قال في كتاب الوقف: إن الطرسوسي بعيد عن الفقه، ثم رأيت الفرق بينهما أيضاً صريحاً في فروق الكرابيسي ومنها نقلت قال: لو قال هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيري فأخذه فضاع قال أبو حنيفة: لا شيء عليه يعني يهلك أمانة. وإن قال هاته حتى أنظر إليه فإن رضيته أخذته فهلك فعليه الثمن. والفرق أن في الفصل الأول أمره لينظر إليه أو ليريه غيره وذلك ليس ببيع، فأما في الفصل الآخر أمره بالإتيان به ليرضاه ويأخذه وذلك بيع بدون الأمر فمع الأمر أولى اهـ.

والظاهر من كلامهم أنه لا فرق بين الهلاك أو الاستهلاك، وما في الذخيرة عن أبي يوسف أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالثمن محمول على القيمة، وما ذكره

لا يضمن، ونصوا في جميع الصور التي فيها ذكر الثمن من جهة المساوم وحده أنه يضمن اهـ. وبعد هذا فالظاهر أن المراد هو ما قاله المقدسي وإن كان بعيداً من كلام الطرسوسي وذلك أن التسمية إذا كانت من المشتري تصح باعتبار أن البائع لما سلمه المبيع صار راضياً بها فكذا إذا كانت من البائع وقبضه المشتري راضياً بها.

قوله: **(فأما في الفصل الآخر الخ)** قال في النهر وأقول في التتارخانية: أخذ رجل ثوباً وقال اذهب به فإن رضيته اشتريته فذهب به وضاع الثوب فلا شيء عليه، ولو قال رضيته أخذته بعشرة فضاع فهو ضامن قيمته، وفي النصاب وعليه الفتوى. وهذا بناء على أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضموناً إذا كان الثمن مسمى اهـ. وهذا بالقواعد أمس مما في فروق الكرابيسي من أنه في

....

الطرسوسي من أنه إن هلك فمضمون بالقيمة وإن استهلكه فمضمون بالثمن ليس بصحيح لما في الخانية: إذا أخذ ثوباً على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته، وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري اهـ. والوارث كالمورث، وأما مقبوض الوكيل بالسوم فقال في الخانية: الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل ولم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل. قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره الوكيل بالأخذ على سوم الشراء فحينئذ إذا ضمن الوكيل رجع على الموكل اهـ. وفي البزازية: غلط وسلم غير المبيع وهلك ضمن القيمة لأنه قبضه على جهة البيع. بعث رسولاً إلى البزاز وقال ابعث إلي ثوب كذا فبعث إليه البزاز معه أو مع غيره فضاع الثوب قبل الوصول إلى الآمر وتصادقوا عليه لا ضمان على الرسول، ثم إن كان رسول الآمر فالضمان على الآمر، وإن كان رسول البزاز فلا ضمان على أحد لكن إذا وصل إلى الآمر ضمن الآمر، وكذا لو أرسل إلى آخر وقال أرسل إلي عشرة دراهم قرضاً فأرسل معه فالآمر ضامن إذا أقر أنه رسوله، فإن بعثه مع غير رسوله لا ضمان على الآمر قبل أن يصل، وكذا الدائن إذا بعث رسولاً لقبض دينه

الثاني يكون بيعاً اهـ. قوله: (**ليس بصحيح لما في الخانية الخ**) قال في النهر: لا نسلم أنه غير صحيح إذ الطرسوسي لم يذكره تفقهاً بل نقلاً عن المشايخ، صرح به في المنتقى وعلله في المحيط بأنه صار راضياً بالمبيع دلالة حملاً لقوله على الصلاح والسداد، وعزاه في الخزانة أيضاً إلى المنتقى غير أنه قال: وفي القياس تجب القيمة. قال الطرسوسي: وينبغي أن لا يزاد بها على المسمى كما في الإجارة الفاسدة وفيه نظر، بل ينبغي أن تجب القيمة بالغة وقد صرحوا بذلك في البيع الفاسد فكذا هذا. اهـ كلام النهر. قلت: ولا يرد ما نقله المؤلف عن الخانية لأن المساوم إذا استهلك الثوب يكون راضياً بالثمن المذكور فصح البيع بالثمن بخلاف استهلاك وارثه لأن الوارث غير عاقد فقول المؤلف «والوارث كالمورث» ممنوع يؤيده ما ذكره الطرسوسي عن المنتقى لو قال لآخر خذ هذا الثوب بعشرين فقال المشتري آخذه بعشرة فذهب بالثوب وهلكه في يده فعليه قيمته لأنه قبضه بجهة البيع وقد بين له ثمناً، ولو استهلكه فعليه عشرون لأنه بالاستهلاك صار البيع بالمسمى دلالة حملاً لفعله على الصلاح والسداد. ولو قال البائع رجعت عما قلت أو مات أحدهما قبل أن يقول المشتري رضيت انتقض جهة البيع، فإن استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته كما في حقيقة البيع لو انتقض يبقى المبيع في يده مضموناً فكذا هنا اهـ. فحيث انتقض البيع فكيف يكون الوارث كالمورث لأن العقد صدر بين البائع والمورث وقد انتقض البيع بموته فيكون المبيع محض أمانة في يد الوارث، فإذا استهلكه يلزمه قيمته بخلاف استهلاك المورث لأنه يكون رضا بإمضاء العقد، ويفهم هذا من قول الخانية: وكذا لو استهلكه وارث المشتري الخ. فإنه يفيد أن المورث لو استهلكه لا يكون كاستهلاك الوارث بل يلزمه الثمن لما قلنا.

ولا يملك وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح وإن وطأها له أن

فبعث معه وضاع يكون من مال الدائن، وإن مع الآخر لا حتى يصل إليه اهـ. ثم اعلم أن المقبوض على سوم الشراء إذا بين ثمنه مضمون وإن اشترط أن لا ضمان فيه لما في البزازية: استباع قوساً وتقرر الثمن فمده بإذن البائع أو قال له إن انكسر فلا ضمان عليك فمده وانكسر يضمن قيمته، وإن لم يتقرر الثمن فلا ضمان ولو بالإذن لأن اشتراط عدم الضمان في المقبوض على السوم باطل. وعن الإمام أراه الدرهم لينظر إليه فغمزه أو قوساً فمده فانكسر أو ثوباً فتخرق ضمن إن لم يأمره بالغمز والمد واللبس، وقيل إن كان لا يرى إلا بالغمز لا يضمن إن لم يجاوز ويصدق في أنه لم يجاوز اهـ. وفي جامع الفصولين: المقبوض على سوم الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، وما قبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع إلا أن في البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساومه من القرض، وما قبض على سوم النكاح مضمون يعني لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاها فهلكت في يده ضمن قيمتها والمهر قبل تسليمه مضمون، وكذا بدل الخلع في يد المرأة يعني لو تزوجها على عين أو خالعها فهلكت قبل قبضه يلزمه مثله في المثلي وقيمته في القيمي اهـ. ذكره في الثلاثين منه.

قوله: **(وخيار المشتري لا يمنع ولا يملك)** أي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع فيخرج عن ملكه للزومه من جهة من لا خيار له، فلو أعتقه البائع لم يصح إعتاقه، ولو

قوله: **(وما قبض على سوم القرض)** ظاهره أن هذا غير ما قبله مع أن المفهوم من آخر المسألة أن المراد به ما قبله فما في قوله «وما قبض» نكرة بمعنى رهن. قوله: **(وما قبض على سوم النكاح مضمون الخ)** قال بعض الفضلاء: ظاهره أنه لا فرق بين أن يكون المهر مسمى أو لا. ولقائل أن يقول هذا إذا كان المهر مسمى قياساً على المقبوض على سوم الشراء فإنه لا يكون مضموناً إلا بعد تسمية الثمن على ما عليه الفتوى فيكون المقبوض على سوم النكاح مضموناً إذا كان المهر مسمى وإلا فلا، ولم أر في المسألة نقلاً غير أن إطلاق العبارة يقتضي الضمان مطلقاً إلا أن يوجد نقل صريح بخلافه، وعليه فيحتاج للفرق بينهما فإنه لا يضمن إلا بعد تسمية الثمن، وكذا المقبوض على سوم الرهن فإنه لا يكون مضموناً إلا إذا سمى ما يرهن به في الأصح فيحتاج إلى الفرق بينهما أيضاً.
قال: وقد ظهر لي فرق بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم الرهن وبين المقبوض على سوم النكاح وهو أن المهر مقدر شرعاً من حيث هو والمقدر شرعاً مسمى شرعاً والمسمى شرعاً معتبر مطلقاً ألا ترى أنه لو تزوج على أن لا مهر صح ويجب مهر المثل، ولو اشترى على أن لا ثمن كان باطلاً اعتباراً للتسمية الشرعية في المهر، ولذا كان المقبوض على سوم النكاح مضموناً، سواء سمى المهر أو لا، لأنه مسمى شرعاً فاعتبر ذلك لوجوب الضمان بخلاف الثمن وما يرهن به فإن ذلك غير مقدر شرعاً فلا بد من التسمية لوجوب الضمان فيها اهـ. ورده بعض الفضلاء قائلاً: لم يظهر لي هذا

....

كان البائع حلف وقال إن بعته فهو حر فباعه بخيار للمشتري لم يعتق لخروجه عن ملكه، ولو باعه بخيار له عتق ولا يملكه المشتري عند الإمام رحمه الله تعالى لكن يصح إعتاقه ويكون إمضاء كما في الخانية. وفيها: باع عبداً بجارية على أن بائع العبد بالخيار ثلاثة أيام فأعتق البائع العبد في الثلاثة أيام نفذ عتقه في قولهم ويبطل البيع لأنه أعتق ملك نفسه، وإن أعتق الجارية جاز ويكون إسقاطاً للخيار ويتم. ولو أعتقهما في كلام واحد نفذ عتقه لعدم الأولوية فيهما ويغرم قيمة الجارية ولا ينفذ إعتاق المشتري في العبد ولا في الجارية، ولو كان الخيار للمشتري انعكست الأحكام اهـ. وقالا: يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع. ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، فلو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر وأورد على قوله لزوم السائبة ورد بأنها هي التي لا ملك فيها لأحد ولا علقة ملك والعلقة موجودة هنا، وأورد أيضاً استحقاق الشفعة بما بيع بخيار للمشتري وهو دليل على ملكه. وأجيب بأن استحقاقها لم ينحصر في الملك بل هو أو ما في معناه من كونه أحق بها تصرفاً بدليل صحة إعتاقه كاستحقاق العبد المأذون لها مع أنه لا ملك له حقيقة وهو تكلف لا يحتاج إليه لما سيأتي أن البيع ينبرم في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحاً. ثم اعلم أن قولهما «في دليلهما ولا عهد لنا به في الشرع» معناه في باب التجارة والمعاوضات فاندفع عنهما ما

الفرق لأن المقبوض على سوم الشراء إنما وجبت القيمة فيه إذا سمى الثمن فيهلك المقبوض لأن كلاً من الثمن والقيمة هو بدل العين فلما سمى أحدهما وجب الآخر. وأما المهر إن كان مسمى شرعاً فليس من جنس القيمة لأن المهر بدل المتعة كما هو مقرر والقيمة بدل العين فلا مناسبة بين المهر والقيمة فلا توجب تسمية أحدهما الآخر لأنه ليس من جنسه فلا دخل لتسمية المهر شرعاً في وجوب القيمة كما لا يخفى عند التأمل. قال: والذي ظهر لي في الفرق هو أنه لما كان المقصود في البيع المال كان عدم ذكر الثمن دليلاً على أن البائع إنما دفعه للمستام على وجه الأمانة، والمستام إنما قبضه كذلك. وأما إذا سمى ثمناً فهو مضمون بالقيمة لأنه متى بين ثمناً يكون الاستيام أخذاً للعقد فيكون وسيلة العقد فالحق بحقيقة العقد في حق الضمان دفعاً للضرر عن المالك لأنه ما رضي بقبضه إلا بعوض فصار القابض ملتزماً للعوض، وعوضه الأصلي هو القيمة ما لم يصطلحا ويتفقا على المسمى. وصرح في الدر من كتاب المضاربة بأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على وجه المبادلة، ومتى لم يبين ثمناً لم يكن أخذه للعقد فلا يمكن إلحاقه به؛ كذا في الحواشي الحموية من النكاح. أقول: وما ذكره آخراً من الفرق إنما هو في جانب البيع وأما في جانب النكاح فلم يتعرض له مع أنه محل

....

أورد من شراء متولي أمر الكعبة إذا اشترى عبداً لخدمتها وعبد الوقف إذا ضعف وبيع واشترى ببدله آخر لم يملكه المشتري لأنه من باب الأوقاف، وكذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت، ولا تدخل في ملك الورثة والغرماء للقيد المذكور. وأما حكم جناية العبد في مدة الخيار، فإن كان الخيار للبائع فأجاز البيع لم يكن مختاراً للفداء وخير المشتري بين الدفع والفداء، وإن فسخ البيع خير البائع كذلك، وفي الأول إنما يخير المشتري بين الدفع والفداء إذا اختار إمضاء البيع، فإن اختار المشتري فسخه فالخيار للبائع للعيب الحادث في يد البائع، فإن كانت في يد المشتري فالبائع على خياره، فإن أجاز ثبت الملك للمشتري من وقت العقد وخير بين الدفع والفداء فإن كان الخيار للمشتري فجنى في يده في مدته لم يكن له أن يرده على بائعه. ولو بيعت دار بخيار لأحدهما فوجد فيها قتيل فالدية على عاقلة ذي اليد عنه، وعندهما على من يصير الملك له ولا يكون وجود القتيل عيباً فلا خيار للمشتري بخلاف جناية العبد المبيع فإنها عيب؛ كذا في التتارخانية.

وقول الإمام «ولا أصل له في الشرع» معناه في المعاوضة فلا يرد عليه المدبر إذا غصب وضمن الغاصب قيمته فإنه يملكه فقد اجتمع العوضان في ملك السيد لأنه ضمان جناية لا ضمان معاوضة؛ كذا في المعراج وفتح القدير. ولكن يرد عليه باب السلم فإن المسلم إليه ملك رأس مال السلم والمسلم فيه فقد اجتمعا في المعاوضة. وأجيب بأن المسلم فيه دين لرب السلم في ذمة المسلم إليه فهو كالثمن يملكه البائع في ذمة المشتري وأورد المنافع والأجرة المعجلة ملكهما المؤجر. وأجيب بأنها معدومة فلا ملك لها وإذا حدثت ملكها المستأجر؛ كذا في البناية. قيد بالمبيع لأن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري اجماعاً كما بيناه. وفي السراج الوهاج: والنفقة تجب على المشتري بالإجماع إذا كان الخيار له بخروج المبيع عن ملك البائع، ولو تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار والخيار له جاز تصرفه اجماعاً ويكون إجازة منه اهـ. وفي الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة إن تم البيع كانت للمشتري وإن فسخ كانت للبائع اهـ. وفي جامع الفصولين: المشتري بالخيار لو رهن بالثمن رهناً جاز الرهن به اهـ. فإن قلت: ذكر في جامع الفصولين أيضاً أن الخيار إذا كان للمشتري فأبرأه البائع عن الثمن لم يجز إبراؤه اهـ. وفي التتارخانية: وروي عن محمد جوازه فينبغي أن لا يصح الرهن أيضاً. قلت: الإبراء يعتمد الدين ولا دين له عليه لأن الثمن باقٍ على ملكه والرهن لا يشترط له وجود الدين حقيقة بدليل صحته على الدين الموعود به وقد بيناه فيما كتبناه من حواشي جامع الفصولين، ولكن نقل بعده أن عدم صحة الإبراء قول أبي يوسف. وفي المعراج أن عدم

الخفاء فلم يتحصل من كلامه فائدة تأمل. قوله: **(فينبغي أن لا يصح الرهن أيضاً)** تفريع على قوله «لم يجز إبراؤه» وقوله «قلت الخ» جواب عنه.

....

صحته قياس والاستحسان صحته لأن إبراء بعد وجود السبب وهو البيع، والدليل على أن الابراء يعتمد تعلق الحق لا حقيقة الدين لو أبرأ البائع الموكل عن ثمن ما اشتراه الوكيل فإنه يصح الإبراء مع أن الثمن على الوكيل والدليل على التعلق بالموكل أن المشتري لو أتى بالثمن للموكل فإن يجبر على القبول. ولو كان للمشتري دين على الموكل صار قصاصاً بالثمن ولولاه لم يجير ولم يصر قصاصاً كما في الصيرفية. وفي السراجية: اشترى على أنه بالخيار لم يجبر البائع على تسليم المبيع وإن نقد المشتري الثمن. وفي التتارخانية.

قوله: **(وبقبضه يهلك بالثمن)** أي إذا كان الخيار للمشتري وقبض المبيع وهلك في يده فإنه يهلك بثمنه بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع. والفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما إذا كان للبائع لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكماً بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف. وفي السراج الوهاج: والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص. والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان والاستهلاك كالهلاك كما سيأتي. وأطلقه فشمل ما إذا كان الخيار للمشتري وحده أو لهما وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع ثم هلك في مدته فإن البيع يلزم بالثمن كما في التتارخانية قوله: **(كتعيبه)** يعني إذا تعيب في يد المشتري والخيار له فإنه يلزمه الثمن لأنه صار بذلك ممسكاً ببعضه، فلو رده لتفرقت الصفقة على البائع قبل الإتمام وهو لا يجوز فلزم البيع وسقط الخيار. أطلقه فشمل ما إذا عيبه المشتري أو أجنبي أو تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع كما في النهاية ولكن ليس باقياً على إطلاقه، وإنما المراد به عيب يلزم ولا يرتفع كما إذا قطعت يده. وأما ما يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره إن زال المرض في الأيام الثلاثة، وأما إذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما في النهاية أيضاً. وفي الصحاح: عاب المتاع أي صار ذا عيب، وعيبه نسبه إلى العيب، وعيبه أيضاً إذا جعله ذا عيب وتعيب مثله اهـ. وقد ذكر المصنف حكم هلاكه في يد المشتري ونقصانه ولم يذكر حكم زيادته عنده. وحاصله أن الزيادة منفصلة كانت أو متصلة، سواء كانت متولدة من الأصل كالولد والسمن والجمال والبرء من المرض وذهاب البياض من العين أو لا كالصبغ والعقر والكسب والبناء ورش الأرض، يمنع الفسخ إلا في المنفصلة الغير المتولدة فإنها لا تمنع كما في التتارخانية. وفي البناية أن التعيب إذا كان بفعل البائع في يد المشتري لم يسقط خيار المشتري، فإن أجاز البيع ضمن به البائع النقصان اهـ. فيستثنى من إطلاق المصنف مسألتان: ما إذا كان العيب يرتفع،

قوله: **(وفي التتارخانية)** كذا في نسخة المؤلف. قوله: **(وأما عندهما إذا تعيب بفعل البائع يلزم البيع)** أي ويرجع المشتري بالأرش على البائع كما يأتي في شرح قوله «وتم العقد».

....

وما إذا كان بفعل البائع. ولكن ذكر في فتح القدير أن هذا قول محمد، وأما عندهما إذا تعيب بفعل البائع يلزم البيع، وقد وعدنا بذكر مسائل المبيع إذا هلك في البيع الذي لا خيار فيه أو بخيار فإذا كان في يد البائع بآفة سماوية أو باستهلاك البائع أو كان حيواناً فقتل نفسه يبطل البيع لأنه مضمون بالثمن فيسقط الثمن فلا يكون مضموناً بالقيمة لأنه لا يتوالى على شيء واحد ضمانان، فإن أتلفه المشتري والبيع بات أو بخيار له لزم الثمن، وإن كان للبائع والبيع فاسد لزم المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وإن بفعل أجنبي خير المشتري فإن فسخ وعاد إلى ملك البائع ضمن الجاني المثل أو القيمة والمضمون إن من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب وإن من خلافه طاب. وإن اختار المشتري أيضاً البيع اتبع الجاني بالمثل أو بالقيمة وحكم الفضل ما ذكرناه في جانب البائع واختياره اتباع الجاني قبض عند الثاني خلافاً لمحمد وأثره فيما إذا توى على الجاني وفيما إذا أخذ من الجاني مكانه شيئاً آخر جاز عند الثاني. وإن هلك بعد القبض فعلى المشتري إلا إذا أتلفه البائع والقبض بلا إذنه والثمن حال غير منقود فالبائع يصير مسترداً ويبطل البيع وسقط الثمن عن المشتري. وإن هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص، سواء كان نقصان قدر أو وصف، وخير المشتري بين الفسخ والإمضاء، وإن بفعل أجنبي فالجواب فيه كما إذا هلك كله وإن بآفة سماوية؛ أن نقصان قدر طرح عن المشتري حصة الفائت من الثمن وله الخيار في الباقي، وإن نقص وصف لا يسقط شيء من الثمن لكنه يخير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك. والوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء في الأرض وأطراف الحيوان والجودة في الكيلي والوزني. وإن بفعل المعقود عليه فالجواب كذلك، وإن بفعل المشتري صار قابضاً ما أتلف بالإتلاف والباقي بالتعيب، فإن هلك الباقي قبل حبسه فعلى المشتري، وإن بعد الحبس فعلى البائع وعلى المشتري حصة ما أتلفه لا غير، فإن حبس بعد سقوط حقه من الحبس فعلى المشتري كل الثمن إلا إذا كان بفعل البائع، فإن لم يكن له حق الاسترداد فهو كالاستهلاك من الأجنبي، وإن كان له حق الاسترداد انفسخ البيع في قدر ما أتلف وسقط حصته من الثمن. فلو هلك الباقي في يد المشتري لزمه قسطه من الثمن إلا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع فيكون مسترداً له أيضاً فيسقط الثمن، فإن زعم البائع أنه هلك بعد قبضه والمشتري بأنه قبل قبضه فالقول للمشتري وأيهما برهن قبل، وإن برهنا فللبائع. وكذا لو ادعى البائع أن المشتري استهلكه وعكس المشتري، وإن أرخا فبينة الأسبق أولى في الهلاك والاستهلاك، وتمامه في الفتاوى البزازية.

قوله: **(فإن حبس بعد سقوط حقه من الحبس فعلى المشتري كل الثمن)** سقط من هنا بغض عبارة البزازية وهو «وعلى البائع ضمانة ولو هلك البعض بعد القبض فعلى المشتري إلا إذا كان الخ».
قوله: **(وتمامه في الفتاوى البزازية)** ونصه: وهذا كله إذا لم يكن قبض المشتري ظاهراً، فإن كان

يردها فلو أجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا وتم العقد بموته ومضي المدة

قوله: **(فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح)** أي بالخيار له وهذا مفرع على أنه لا يدخل في ملك المشتري فلذا لم يبطل النكاح قبل نفاذ البيع، وإذا سقط الخيار بطل للتنافي. وعندهما انفسخ لدخولها في ملك الزوج فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها عندهما، وعنده تستمر زوجته؛ كذا في فتح القدير. وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسداً وقبضها يفسد النكاح ثم فسخ البيع للفساد لا يرفع فساد النكاح قوله: **(فإن وطأها له أن يردها)** لأن الوطء بحكم ملك النكاح لبقائه لا بحكم ملك اليمين لعدمه، وعندهما ليس له أن يردها مطلقاً لما قدمناه. أطلقه وهو مقيد بما إذا لم تكن بكراً إذ لو كانت بكراً أو نقصها الوطء امتنع الرد كما ذكره الاسبيجابي. وظاهره أنه لو نقصها وهي ثيب فالحكم كذلك، وقد صرح به في فتح القدير. وكذا يتفرع أنه لو ردها فعنده تعود إلى سيدها منكوحة، وعندهما بلا نكاح، وقيد بزوجته لأنه لو اشترى غير زوجته بخيار له فوطئها امتنع الرد مطلقاً أي وإن لم ينقصها وسقط الخيار؛ كذا في المعراج. ولم أر حكم حل وطء الأمة المبيعة بخيار، أما إذا كان الخيار للبائع فينبغي حله له لا للمشتري وإن كان للمشتري ينبغي أن لا يحل لهما. ونقله في المعراج عن الشافعي فقال: وللشافعي في حل وطئها وجهان، والثاني لا يجوز وهو نصه، وفي انفساخ نكاحها وجهان والثاني لا ينفسخ وهو ظاهر نصه. أما لو كان المبيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطؤها على الأقوال كلها ويحل للبائع على الأقوال كلها، وقال أحمد: لا يحل للبائع اهـ. ثم اعلم أن دواعي الوطء كالوطء فإذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو

ظاهراً وادعى كل استهلاك الآخر فالقول للبائع وأي برهن قبل وإن برهنا فللمشتري، ثم إن كان للبائع حق الاسترداد للحبس صار به مسترداً وانفسخ البيع وسقط الثمن عن المشتري، وإن لم يكن له حق الحبس فللمشتري أن يضمنه القيمة ولا يبطل البيع بينهما اهـ. قول المصنف: **(فإن وطأها له أن يردها)** قال الرملي: إطلاقه يفيد أنه سواء كان قبل القبض أو بعده والعلة جامعة تأمل. وفي شرح منلا مسكين: فإن وطأها له أن يردها عند أبي حنيفة خلافاً لهما. هذا إذا كانت ثيباً، وإن كانت بكراً امتنع الرد عنده أيضاً، وكذا إذا قبلها أو مسها أو مسته بشهوة، وكذا يمتنع الرد لو وطئها غر الزوج في يده اهـ. قال في الجوهرة: إن كانت بكراً يسقط الخيار بالإجماع لأنه أتلف جزءاً منها كقطع يدها اهـ. وسيأتي أن دواعي الوطء كالوطء وهو يقتضي أن تقبيل البكر ومسها يمنع الرد لأن وطأها يمنعه فكذا هما وهو معنى كلام مسكين فيفترق الحكم بين الثيب والبكر في الوطء ودواعيه، وما علل به في الجوهرة لا يقتضيه إذ ليس في تقبيل البكر ولمسها تفويت جزء لكن يقال ألحقت الدواعي بالوطء لأنها سببه فأقيمت مقامه، فإذا منع الرد منعت، وإذا لم يمنع لا تمنع. ووطء غير الزوج في يد الزوج مانع لوجوب العقر به وهو زيادة منفصلة متولدة من المبيع وهي تمنع إذا وجدت بعد القبض فلذا قيد بقوله «في يد الزوج» تأمل اهـ. قوله: **(فإذا اشترى غير زوجته بالخيار)** قيد بغير زوجته لأن زوجته

....

لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة سقط خياره. وحدها انتشار آلته أو زيادتها، وقيل بالقلب وإن لم تنتشر؛ فإن كان بغير شهوة لم يسقط في الكل. وإن ادعى أنه بغير شهوة فإن كان في الفم لم يقبل قوله وإلا قبل. وإن فعلت الأمة به ذلك وأقر أنه كان بشهوة كان رضا كما في السراج الوهاج، ولم يذكر المؤلف مما يظهر فيه ثمرة الاختلاف إلا هذه المسألة.

وذكر في الهداية أن لهذه المسألة أخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها: عتق المشتري على المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار، ولو كان للبائع فمات المشتري فأجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه كما قدمناه عن الخانية. ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملك عبداً فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريت لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فسقط الخيار. ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده، وعندهما يجتزأ، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض. ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما، ومحله ما إذا كان قبل القبض، أما بعده فسقط الخيار اتفاقاً وتصير أم ولد للمشتري لأنها تعيبت عنده بالولادة؛ كذا في النهاية. وفي الخانية: إذا ولدت بطل خياره وإن كان الولد ميتاً ولم تنقصها الولادة لا يبطل خياره اهـ. ثم اعلم أنهم لم يقيدوا بدعوى الولد وقيده بها في إيضاح الإصلاح قال: لأنه ولد والفراش ضعيف اهـ. وهو تقييد لقولهما. ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في تلك المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك، وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك، ولو كان الخيار للبائع فسلم المبيع إلى المشتري فأودعه البائع فهلك عنده بطل البيع عند الكل، ولو كان البيع باتاً فقبض المشتري المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه ثم أودعه البائع فهلك كان على المشتري اتفاقاً لصحة الإيداع؛ كذا في التتارخانية. ومنها لو كان المشتري عبداً مأذوناً فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه. وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله وهذا يقتضي صحة الإبراء، وقدمنا أنه لا يصح عند أبي يوسف قياساً، ويصح عند محمد استحساناً ونبه عليه هنا في النهاية. ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم،

إنْ كانت ثيباً لا يسقط خياره بذلك كالوطء، وإن كانت بكراً سقط خياره به كالوطء، وقد أوضحناه فيما تقدم تأمل. وقوله «فقبلها بشهوة الخ» ظاهره مطلقاً سواء كان قبل القبض أو بعده، وتعليلهم بأنه دليل الاستبقاء دليل عليه. قوله: **(ثم أسلم)** أي المشتري كما صرح به في الفتح، وأما لو أسلم البائع والخيار للمشتري فلا تظهر فيه ثمرة الخلاف، أما عندهما وإن ملكها المشتري لكن يملك ردها.

....

وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار بعده وهو مسلم اهـ. ولو كان الخيار للبائع فأسلم بطل البيع، ولو أسلم المشتري لا وخيار البائع على حاله، فإن أجاز صارت الخمر للمشتري حكماً والمسلم أهل لأن يتملكها حكماً؛ كذا في النهاية. فقد ذكر فيها ثمان مسائل، وقد زاد الشارحون مسائل أيضاً ففي فتح القدير: الأولى ما إذا تخمر العصير في بيع مسلمين في مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه، وعندهما يتم لعجزه عن رده. الثاني اشترى داراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكنها قال السرخسي: لا يكون اختياراً وهو في ابتداء السكنى. وقال خواهر زاده: استدامتها اختيار عندهما لملك العين، وعنده ليس باختيار. الثالثة حلال اشترى ظبياً بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده فينقض البيع عنده ويرد إلى البائع، وعندهما يلزم المشتري، ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع، ولو كان للمشتري فأحرم المشتري له أن يرده. الرابعة إذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لأنها لم تحدث على ملك المشتري، وعندهما للمشتري لأنها حدثت على ملكه اهـ. وفي جامع الفصولين: لو اشترى بخيار فدام على السكنى لا يبطل خياره، ولو ابتدأها بطل يماثله خيار العيب وخيار الشرط في القسمة لا يبطل بدوام السكنى اهـ. وفي التتارخانية أن محمداً ذكر في البيوع أن خيار الشرط يبطل بالسكنى وفي القسمة ذكر أنه لا يبطل فاختلف المشايخ؛ فمنهم من حمل ما في البيوع على الابتداء وما في القسمة على الدوام، ومنهم من أبقى ما في البيوع على إطلاقه فيبطل بالابتداء والدوام وأبقى ما في القسمة على إطلاقه فلا يبطل خيار الشرط فيها بالابتداء والدوام. وفيها أيضاً: لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على مائة يدفعها له على أن يبطل البيع ففسخه انفسخ ولا شيء له اهـ.

ثم رأيته في شرح الزيلعي قال: ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالإجماع، ولو ردها المشتري عادت إلى ملك البائع لأن العقد من جانب البائع بات، فإن أجازه صار له، وإن فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكماً كما في الإرث. ثم ذكر ما لو كان الخيار للبائع ثم قال: وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما، وإن أسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها، سواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار لأحدهما أولهما لأن للقبض شبهاً بالعقد من حيث إنه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الإسلام، وإن أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتاً لا يبطل لأنه قد تم بالقبض بخلاف ما إذا كان بشرط الخيار على ما مر اهـ.
قوله: **(وهو في ابتداء السكنى)** الضمير للاختيار أي والاختيار إنما يكون في ابتداء السكنى.

قوله: **(فأحرم المشتري له أن يرده)** كذا في بعض النسخ وفي بعضها: للمشتري أن يرده. وعليها فالضمير في «أحرم» للبائع وهو الصواب، وقد صرح به في بعض النسخ موافقة لما في

....

قوله: **(فلو أجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا)** أي لا يصح في غيبة صاحبه وهذا عندهما. وقال أبو يوسف: يجوز الفسخ أيضاً لأنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل. ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه. ولا يقال إنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط؛ كذا في الهداية. وفي المعراج: وكذا الخلاف في خيار الرؤية ولا خلاف في خيار العيب أنه لا يملكه والخلاف إنما هو في الفسخ بالقول، أما إذا فسخ بالفعل فإنه ينفسخ حكماً اتفاقاً في الحضرة والغيبة لأنه لا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر المأذون له في التجارة بارتداد ولحوق وجنون. وبحث في فتح القدير بأنه ينبغي أن يكون الفعل الاختياري كالقول. والمراد بالغيبة عدم علمه، وبالحضرة علمه، فلو فسخ في غيبته فبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ؛ كذا في الهداية. وكذا إذا أجاز البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه؛ كذا ذكر الاسبيجابي. وفي الذخيرة: ولو اشترى على أن البائع لو غاب عنه ففسخه عليه جائز فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة ومحمد لأن هذا شرط فاسد عندهما. ورجح في فتح القدير قول أبي يوسف قال: فعلى هذا فالمسائل الموردة نقضاً مسلمة لأنها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف لكنا نوردها بناء على تسليم الدليل؛ فمنها أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك، وأجيب بأن اللزوم بإيجابه على نفسه. ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج بلا علمها حتى لو تزوجت بعدها بعد ثلاث حيض فسخ العقد إذا أثبتها، وأجيب بأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح فعليها استكشاف الحال. ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يثبت حكمها بلا علم الآخر، وأجيب بأنها اسقاطات. ومنها خيار المعتقة يصح بلا علم زوجها، وأجيب بأنه لا رواية فيه وعلى التقدير فقد أثبته الشرع مطلقاً. ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين، وأجيب بكون عقدهما لا وجود له في حق المالك. ومنها العدة لازمة عليها وإن لم تعلم بالطلاق وأجيب بأنها واجبة في ضمن الطلاق لا بسببه اهـ. وفي جامع

الفتح. قوله: **(فالزوائد ترد على البائع الخ)** هذا خاص بالزيادة المنفصلة الغير المتولدة كالكسب أما غيرها فإنه يمنع الفسخ كما قدمه عن التتارخانية عند قول المصنف «كتعيبه» فإذا كانت تمنع الفسخ لا يتأتى ثمرة الاختلاف لأنها إنما تظهر بعد الفسخ.

والإعتاق وتوابعه والأخذ بالشفعة ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض

الفصولين: ولو كان الخيار للمشتريين ففسخ أحدهما بغيبة الآخر لم يجز باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ، فإن قال بعده أجزت وقبل المشتري جاز استحساناً، ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ ومن له الخيار لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الأحكام بالظاهر والباطن اهـ. قال فيه: شرى بخيار فأراد رده فاختفى بائعه قيل: للقاضي أن ينصب عن البائع خصماً ليرده عليه وقيل لا اهـ. وهكذا ذكر الخلاف في المعراج وفتح القدير والله أعلم.

قوله: **(وتم العقد بموته ومضي المدة والاعتاق وتوابعه والأخذ بالشفعة)** أي تحصل الإجازة بواحد مما ذكر وهو كلام موهم موقع في الغلط فإن في بعضها يكون إجازة، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، وفي بعضها إنما يكون إجازة إذا كان من المشتري، وأما من البائع ففسخ. أما الموت فإنه مبطل لخيار الميت سواء كان بائعاً أو مشترياً، ولا يورث عندنا كخيار الرؤية لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال لا فيما لا يقبله كملك المنكوحة والعقود التي عقدها المورث لا تنتقل. وإنما ملك الوارث الإقالة لانتقال الملك إليه ولذا ملكها الموكل وإن لم يكن عاقداً؛ كذا في المعراج. ولا يرد علينا خيار العيب فإنه موروث لكون المورث استحق المبيع سليماً فكذا الوارث ففي التحقيق الموروث العين بصفة السلامة من العيوب فأما نفس الخيار فلا يورث. وفي المعراج أن خيار العيب يثبت للوارث ابتداء بدليل أنه لو تعيب بعد موت المشتري في يد البائع كان للوارث رده، وأما خيار التعيين فيثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار؛ هكذا ذكروا وزاد في العناية بأن الوارث لا يملك الفسخ ولا يتأقت خياره بخلاف المورث اهـ. ووجهه ظاهر لأن هذين حكماً خيار الشرط ولم يتكلموا فيما رأيت على غير الأربعة من الخيارات هل تورث أو لا إلا خيار فوات الوصف المرغوب فيه فسيأتي أنه يورث. والضمير في قوله «بموته» عائد إلى من له الخيار احترازاً عن موت من لا خيار له لأنه إذا مات فالخيار باقٍ لمن شرط له فإن أمضى مضى وإن فسخ انفسخ؛ كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: الوكيل إذا باع بشرط الخيار فمات الوكيل أو الموكل في المدة بطل الخيار وتم البيع اهـ. وفي

قوله: **(ولم يتكلموا فيما رأيت الخ)** نقل البيري في شرح الأشباه عن خزانة الأكمل: لو اشترى عبداً على أنه إن لم ينقد الثمن غداً فلا بيع بينهما فمات المشتري قبل الغد وقبل نقد الثمن بطل البيع وليس للورثة نقد المال اهـ. وهذا حكم خيار النقد وقد ذكره في النهر بحثاً، وذكر في المنح بحثاً أن خيار التعزير كذلك وسيأتي خلافه عن المحشي الرملي عند قوله «ولو اشترى عبداً على أنه خباز». وقال البيري أيضاً في كتاب الفرائض ما نصه: وفي شرح المجمع لابن الضيا: وأما خيار الرؤية فالصحيح أنه يورث وأجمعوا أن خيار القبول لا يورث، وكذا خيار الإجازة في بيع الفضولي،

....

جامع الفصولين: وكيل البيع أو الوصي باع بخيار أو المالك بنفسه باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصي أو الموكل أو الصبي أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد: يتم البيع في كل ذلك لأن لكل منهم حقاً في الخيار والجنون كالموت اهـ. وفي المعراج: ولو كان الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره اهـ. وقد أفاد كلامه أن الخيار لا ينتقل عمن هو له إلى غيره فلذا قال أبو يوسف: إذا اشترى الأب أو الوصي شيئاً لليتيم وشرط الخيار لنفسه فبلغ الصبي في المدة تم البيع. وقال محمد: توقف على إجازة الابن فكأنه باشره بعد بلوغه حتى قيل لا تتأقت بالثلاث. وعن محمد أن للوصي أن يفسخ بعد بلوغ الصغير وليس له أن يجيز إلا برضاه. وروي أن الأب أو الوصي إذا اشترى عبداً للصغير بدراهم أو دنانير بشرط الخيار ثم بلغ الصغير في المدة ثم أجاز أنفذ الشراء عليهما إلا أن تكون الإجازة برضا الصغير بعد البلوغ فينفذ عليه. ولو حجر السيد على عبده المأذون تم البيع، وقيل ينتقل الخيار إلى المولى. ولو اشترى المكاتب أو باع بشرط الخيار ثم عجز في الثلاث تم البيع عندهم؛ كذا في الظهيرية. فقد علم أن الخيار لا ينتقل على المعتمد لأن قول أبي يوسف في الأولى هو المعتمد ولكن خرج عنه العبد المأذون إذا باع بشرط الخيار فإن للمولى الإجازة إن لم يكن مديوناً ولا يجوز فسخه عليه إلا أن يجعله لنفسه ثم يفسخ بحضرة المشتري أو بما يكون فسخاً من الأفعال في غيبة المشتري؛ كذا في الظهيرية.

وأما الوكيل إذا عزل وله الخيار فإنه لا يبطل اتفاقاً؛ كذا في السراج الوهاج. وأما مضي المدة فمبطل للخيار، سواء كان للبائع أو للمشتري إذ لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعدها كالمخيرة في وقت مقدر. وأما الإعتاق وتوابعه وهي التدبير والكتابة فإنما يتم به إذا كان الخيار للمشتري وفعلها، أما إذا كان للبائع وفعلها كان فسخاً. وذكر المصنف السقوط بطريق الضرورة وهو الموت ومضي المدة والسقوط بطريق الدلالة وهو الإعتاق، ولم يذكر ما يكون إجازة بالقول صريحاً ولا ما يكون إجازة بالفعل. أما الأول ففي جامع الفصولين: المشتري بالخيار إذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره، ولو قال هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل اهـ. وفيه: لو طلب المشتري الأجر من الساكن بطل خياره، ولو دعا الجارية إلى فراشه لا يبطل سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري. وأما الثاني ففيه لو حجم العبد أو سقاه دواء أو حلق رأسه كان رضا لا لو أمر

وكذا الأجل لا يورث اهـ. لكن ما ذكره من أن خيار الرؤية يورث خلاف ما ذكره المؤلف هنا وخلاف ما في الغرر والوقاية والمنتقى ومختصر النقاية وإصلاح الوقاية لابن كمال، وبه صرح في الهداية والفتح من باب خيار الرؤية علم أن هذا التصحيح غريب. قوله: **(ولا ما يكون إجازة بالفعل)** حكم عليه في النهر بأنه سهو لأنه نبه عليها بقوله «والإعتاق». قوله: **(بخلاف السكر من**

....

امرأة بمشط أو دهن أو لبس. ولو اشترى أرضاً مع حرثه فسقى الحرث أو فعل منه شيئاً أو حصده أو عرض المبيع للبيع بطل خياره لا لو عرضه ليقوم، ومشتري الدار لو أسكنه بأجر أو بلا أجر أو رم منه شيئاً أو بنى أو جصص أو طين أو هدم منه شيئاً فهو رضا. ولو طحن في الرحا ليعرف قدر طحنه إن طحن أكثر من يوم وليلة بطل خياره لا فيما دونه. ولو قص حوافر الدابة أو أخذ من عرفها لم يكن رضا، ولو ودجها أو بزغها فهو رضا. والتوديج شق الأوداج جملة. ولو استخدم الخادم مرة أو لبس الثوب مرة أو ركب الدابة مرة لم يبطل خياره، ولو فعله مرتين بطل. ولو شرى قناً بخيار فرآه يحجم الناس بأجر فسكت كان رضاً لا لو بلا أجر لأنه كالاستخدام ألا ترى أنه لو قال له احجمني فحجمه لم يكن رضا. شرى أمة فأمرها بإرضاع ولده لم يكن رضاً لأنه استخدام. ولو ركب دابة ليسقيها أو ليردها على البائع بطل خياره قياساً لا استحساناً اهـ. ثم قال: شرى بقرة بخيار فحلبها قال أبو حنيفة: بطل خياره. وقال أبو يوسف: لا حتى يشرب اللبن أو يتلفه اهـ.

وذكر الشارح أن كل تصرف لا يحل إلا في الملك فإنه اجازة كالوطء والتقبيل لا ما يحل في غيره كالاستخدام. وزاد في المعراج على ما ذكرناه إغماء من له الخيار، ولو أفاق في المدة فله الخيار. وذكر الاسبيجابي الأصح أنه على خياره. والتحقيق أن الإغماء والجنون لا يسقطان إنما المسقط له مضي المدة من غير اختيار، ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز، ولو سكر من الخمر لا يبطل بخلاف السكر من البنج، ولو ارتد فعلى خياره اجماعاً فلو تصرف بحكم خياره توقف عنده خلافاً لهما اهـ. وأطلق في الإعتاق فشمل ما إذا علقه بشرط فوحد في المدة كما في المعراج. وأشار بالإعتاق إلى كل تصرف لا يفعل إلا في الملك كما إذا باعه أو وهبه وسلمه أو رهن أو آجر وإن لم يسلم على الأصح كما في المعراج. وليس منه ما إذا قبض الثمن من البائع وكذا هبته وانفاقه إلا إذا استدانه لغيره كالدراهم والدنانير. ولو باع جارية بعبد على أنه بالخيار في الجارية فهبة العبد أو عرضه على البيع إجازة وعرضها على

البنج) قال في التتارخانية: حتى لو طال السكر لم يكن له أن يتصرف بحكم الخيار: هكذا حكي عن الشيخ أحمد الطواويسي والصحيح أنه يبطل. قوله: **(ولو ارتد فعلى خياره إجماعاً)** قال في التتارخانية: وإن ارتد إن عاد إلى الإسلام في المدة فهو على خياره إجماعاً، وإن مات أو قتل على الردة يبطل خياره إجماعاً وإن تصرف بحكم الخيار الخ. قوله: **(وليس منه ما إذا قبض الثمن من البائع)** كذا في عامة النسخ، وفي نسخة من المشتري وهو الظاهر لكن الذي رأيته في المعراج ما في عامة النسخ ذكره بعد مسائل تصرفات البائع، وهذا يشير إلى أن البائع فاعل القبض. وعليه فقوله «من البائع» صفة لمصدر محذوف لا صلة «قبض» ويقرأ «قُبض» بالبناء للمجهول و«الثمن» نائب الفاعل قوله: **(وعرضها على البيع ليس بفسخ على الأصح)** مخالف لما قدمه قريباً في قوله «أو عرض المبيع

....

البائع ليس بفسخ على الأصح، ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيئاً أو ساومه به فهو إجازة؛ كذا في المعراج. وقيد الاستخدام ثانياً من المشتري بأن لا يكون في نوع آخر والركوب امتحاناً ليس إجازة لا ثانياً كركوبها لحاجة أو شغل أو حمل عليها إلا علفها عند محمد، والركوب للرد والسقي والإعلاف إجازة، ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يبطل، وإن قلب الأوراق وبالدرس منه يبطل، وقيل على عكسه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ. وفي الظهيرية: لو سقى من نهرها أرضاً له أخرى سقط وكرى النهر وكبس البئر يسقط خياره، ولو انهدمت البئر ثم بناها لم يعد خياره، ولو وقعت فيها فأرة أو نجاسة سقط وروي أنه إذا نزح عشرين دلواً لم يسقط اهـ. وفي السراج الوهاج: إذا زوج العبد أو الأمة سقط خياره. وفي المحيط: باع عبداً بخيار له فأذن له في التجارة لم يكن نقضاً إلا أن يلحقه دين، ولو أمضاه بعدما لحقه دين لم يجز لأن الغريم أحق به من المشتري. ولم يذكر المصنف هنا حكم ما إذا زاد المبيع أو نقص في المدة وذكر فيما قبله حكم ما إذا تعيب. أما الثاني ففي المعراج: ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره، سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله، لكونه في ضمان المشتري حيث كان في يده عندهما. وقال محمد: لا يلزمه العقد بجناية البائع. وعلى قولهما يرجع المشتري بالأرش على البائع، ولو كان الخيار للبائع فحدث به عيب فهو على خياره لكنه يتخير المشتري، ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لأن ما انتقص مضمون عليه؛ كذا في المعراج وقدمناه. وأما الأول أعني الزيادة ففي جامع الفصولين: شرى بخيار فزاد المبيع في يد المشتري زيادة متصلة متولدة كسمن وجمال وبرء وانجلاء بياض عن العين يمنع الرد ويلزم البيع إلا عند محمد، وإن كانت متصلة لم تتولد كصبغ وخياطة ولت سويق بسمن وثني أرض وغرس شجر يمنع الفسخ وفاقاً. ولو كانت منفصلة متولدة كعقر وولد وأرش ولبن وثمر وصوف تمنع وفاقاً، وإن كانت منفصلة لم تتولد كغلة وكسب وهبة وصدقة لا يمنع وفاقاً، فإن أجاز المشتري فهو له وإلا فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة ترد على البائع اهـ. وفي السراج: إذا باضت الدجاجة في المدة سقط الخيار

للبيع بطل خياره» وقد ذكر مسألة الجارية هذه في التتارخانية وذكر أن هبة العبد الذي اشتراه بها أو عرضه على البيع امضاء للبيع ثم قال بعض صفحة: وإذا كان الخيار للبائع فعرض المبيع على البيع ذكر شمس الأئمة الحلواني إن كان بمحضر من صاحبه ينفسخ البيع، وإن كان بغير محضر من صاحبه لا ينفسخ البيع، وبعض مشايخنا قالوا: العرض على البيع من البائع ليس بفسخ على كل حال وإليه مال الإمام أحمد الطواويسي. وذكر شيخ الإسلام في شرحه أن فيه روايتين. وفي المنتقى عن محمد: أن البائع إذا عرض المبيع على البيع لا يبطل خياره.

قوله: **(ولو وهب العبد أم ولد المشتري)** هنا سقط فيما رأيناه من النسخ والذي رأيته في

صح فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق أحق وإن كانا معاً فالفسخ ومن باع عبدين على

إلا أن تكون مذرة، وإذا ولدت الحيوان ولداً سقط إلا أن يكون الولد ميتاً اهـ. والحاصل أنها مانعة مطلقاً إلا منفصلة لم تتولد. وفي الظهيرية عن الثاني: اشترى عبداً بخيار ثلاثاً وقبضه فوهب للعبد مال أو اكتسبه ثم استهلكه العبد بعلم المشتري بغير إذنه أو بغير علمه لم يبطل خيار المشتري في العبد. ولو وهب للعبد أم ولد المشتري وقبضها العبد بطل خيار المشتري في العبد قال: ولا يشبه الولد أم الولد من قبل أن أم الولد تبقى على ملكه بعد الرد بحكم الخيار والولد لا يبقى اهـ. والأخير يحتاج إلى تحرير، وأما الأخذ بشفعة فصورته أن يشتري داراً بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة لأنه لا يكون إلا بالملك فكان دليل الإجازة فتضمن سقوط الخيار، وقدمنا الاعتذار لأبي حنيفة عنه عند قوله «ولا يملك المشتري» ولو قال المؤلف «وطلب الشفعة بها» بدل الأخذ لكان أولى لأن طلبها مسقط وإن لم يأخذها كما في المعراج. وقيد بخيار الشرط لأن طلبها لا يسقط خيار الرؤية والعيب كما في المعراج واقتصار الشارح على خيار الرؤية قصور.

قوله: **(ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح)** لأن شرط الخيار لغيره جائز استحساناً لا قياساً وهو قول زفر، لأنه من مواجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري. ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا نيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه، وحينئذ يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض. ولو قال المصنف «ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبي صح» لكان أولى ليشمل ما إذا كان الشارط البائع أو المشتري، وليخرج اشتراط أحدهما للآخر فإن قوله «لغيره» صادق بالبائع وليس بمراد ولذا قال في المعراج: والمراد من الغير هنا غير العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر. قيد بخيار الشرط لأن خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين كما في المعراج، وأفاد كلامه أن أحدهما لو أجاز فقال الآخر لا أرضى فالبيع لازم. ولو أمر وكيله بالبيع بشرط الخيار فباعه بلا شرط لم يجز، ولو باع واشترط كما أمره فليس له أن يجيز على الآمر وللآمر الإجازة، ولو وكله بشراء بشرط للآمر فاشترى ولم يشترطه نفذ عليه؛ كذا في السراج الوهاج قوله: **(فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق أحق)** لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره.

التتارخانية: ولو وهب للعبد ابن المشتري وقبض العبد عين الابن لا يبطل خيار المشتري في العبد ولو وهب للعبد أم ولد المشتري الخ. قوله: **(والأخير يحتاج إلى تحرير)** المراد بالأخير مسألة هبة أم ولد المشتري للعبد واحتياجها إلى التحرير من جهة أنها إذا كانت أم ولده كيف تكون في ملك غيره حتى يهبها للعبد، ومن جهته أنها كيف تبقى على ملكه بعد الرد.

. . . .

قوله: **(وإن كانا معاً فالفسخ)** أي لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر وخرجا منهما معاً ترجح الفسخ على الإجازة لأن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة، ولما ملك كل منهما التصرف رجحنا بحال التصرف؛ كذا في الهداية. وأورد عليه لا نسلم أن المفسوخ لا تلحقه الإجازة فإنه ذكر في المبسوط أن الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما جاز، وفسخ الفسخ ليس هو إلا إجازة البيع في المفسوخ. وأجاب عنه في المعراج بأنه غير لازم لأنا نقول: الإجازة لا ترد على المنتقض ولا إجازة فيما ذكرتم بل هو بيع ابتداء؛ كذا في الفوائد الظهيرية. وما ذكره المصنف من ترجيح الفسخ دون تصرف العاقد صححه قاضيخان معزياً إلى المبسوط. وفي رواية الراجح تصرف العاقد لقوته لأن النائب يستفيد الولاية منه. وقيل: هو قول محمد، وما في الكتاب قول أبي يوسف. واستخرج ذلك بما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبرهما؛ كذا في الهداية. وقيد بالوكيل بالبيع لأن الوكيل بطلاقها للسنة إذا طلقها الوكيل والموكل معاً فالواقع طلاق أحدهما لا على التعيين. وأجاب عنه في فتح القدير بأن الوكيل فيه سفير كالوكيل بالنكاح فكان الصادر من كل واحد منهما صادراً عن أصالة بخلاف الوكيل بالبيع اهـ. وفي الظهيرية: وعن أبي يوسف في المنتقى: وصيان يشتريان بشرط الخيار فأجاز أحدهما ونقض الآخر فإن الإجازة أولى اهـ. وفي المحيط: وكيل اشترى بشرط الخيار لموكله بأمره أو بغير أمره إذا ادعى البائع رضا الآمر وأنكر الرجل فالقول للوكيل بلا يمين لأن البائع يدعي سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو ينكر ولا يمين لأنه دعوى على الآمر دون العاقد، والآمر لو أنكر لا يستحلف وكيله لأنه نائب عن العاقد في الحقوق وليس بأصيل، وإن ادعى الرضا على الوكيل يحلف لأن الدعوى توجهت عليه، وإن أقام بينة على رضا الآمر قبلت لأن الوكيل ينتصب خصماً عن الآمر لأنه ادعى حقاً على الحاضر وهو سقوط الخيار بسبب ادعائه على الغائب اهـ. وأشار المؤلف بكون الاشتراط للغير اشتراطاً لنفسه إلى أنه لو أمره ببيع ما له بشرط الخيار له فباع وشرطه للآمر لم يكن مخالفاً، وعلى عكسه يكون مخالفاً لأنه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وأن لا يكون للمأمور فيه رأي وتدبير ويكون الرأي والتدبير فيه للآمر أصلاً وله تبعاً، وما فعله بعكسه فإن شرط الخيار للآمر ثم أجاز هو البيع جاز عليه دون الآمر وخيار الآمر باقٍ حتى لو أجاز كان له، وأنه فسخ يلزم الوكيل لأن الخيار ثبت للآمر بالشرط فصار كخيار العيب إذا ثبت بالعقد والوكيل بالشراء إذا وجد عيباً بالمبيع ورضي به نفذ فيما بينه وبين البائع وخيار البائع على حاله، فإن رضي به لزمه، وإن رد لزم الوكيل

قوله: **(وخيار البائع على حاله)** لعلة المشتري. قوله: **(فأثر الفساد كذا في المعراج)** قال الرملي:

أنه بالخيار في أحدهما أن فصل وعين صح وإلا فلا وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة ولو

فكذا هذا؛ كذا في المحيط. ثم اعلم أن التصرفين إذا صدرا معاً فقد علم الحكم في باب الخيار، وأما تصرف الموكل مع تصرف الوكيل فظاهر ما قدمناه أنه إن كان الوكيل أصيلاً في الحقوق نفذ كل منهما في النصف، وإن كان نائباً فيها نفذ واحد لا على التعيين. وأما إذا صدرا من فضوليين فلا كلام في التوقف على إجازة من له الإجازة وإنما الكلام فيما لو أجيزا قالوا: يثبت الأقوى فلو باع فضولي وزوج آخر ترجح البيع فتصير مملوكة لا زوجة، ولو استويا فإن كانا نكاحين بطلا، وإن كانا بيعين تنصف والبيع أقوى من الهبة والإجارة والرهن والنكاح إلا هبة لا تبطل بالشيوع فإنهما سواء، والهبة والرهن أقوى من الإجارة وسيأتي في بيع الفضولي بقية مسائله إن شاء الله تعالى.

قوله: **(ومن باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما إن فصل وعين صح وإلا فلا)** شروع في بيان ما إذا كان المبيع متعدداً. وحاصلها أنها رباعية فالصحة في واحدة وهو ما إذا فصل له ثمن كل منهما وعين من فيه الخيار منهما لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر. والفساد في ثلاثة: الأولى إذا لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار لجهالتهما. الثانية فصل ولم يعين محله لجهالة المبيع. والثالثة عين محله ولم يفصل الثمن لجهالة الثمن. والأصل فيه أن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم. وإنما جاز البيع في القن إذا ضم إلى مدبر أو مكاتب أو أم ولد وبيعا صفقة وإن لم يفصل الثمن على الأصح لأن المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقارن للعقد لفظاً ومعنى فأثر الفساد، وفيما ذكر المانع مقارن معنى لا لفظاً لدخولهم في البيع حتى لو قضى به قاضٍ يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة فأثر الفساد؛ كذا في المعراج. وفي ضم أم الولد والمكاتب إلى المدبر في جواز القضاء ببيعه نظر؛ فإن الصحيح أنه ينفذ في المدبر فقط. وفي فتح القدير: وعلى ما ذكر هنا يتفرع ما في فتاوى قاضيخان: باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي. وإن تراضيا على إجازته لأن الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة. ولو قال البائع في هذه المسألة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغواً كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باقٍ كما كان كما لو باع عبداً واحداً وشرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه اهـ. وهكذا في الظهيرية. وتقييده بالبائع اتفاقي إذ لو شرط للمشتري كان كذلك صحة وفساداً. وأراد بالعبدين القيميين احترازاً عن قيمي ومثليين إذ في القيمي الواحد

لعلة فلم يؤثر الفساد اهـ. وهو الذي في المعراج فما هنا من تصحيف النساخ. قوله: **(وأراد بالعبدين القيميين)** أي أراد المصنف. قال في النهر: والظاهر أنهما أي القيمين ليسا بقيد إذ لو كانا مثليين أو

. . . .

إذا شرط الخيار في نصفه يصح مطلقاً، وفي المثليين كذلك لعدم التفاوت كما ذكره الشارح اهـ قوله: **(وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة)** وهو أن يبيع أحد العبدين أو الثلاثة أو أحد الثوبين أو الثلاثة على أن يأخذ المشتري واحداً والقياس الفساد كالأربعة لجهالة المبيع وهو قول زفر. وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو إختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار، وكذا في الأربعة إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة، وكون الجهالة موجودة غير مفضية إلى المنازعة فلا يثبت بأحدهما. أطلقه فشمل ما إذا كان للبائع أو للمشتري وهو المذكور في المأذون وهو الأصح؛ ذكره في شرح التلخيص. وفي جامع الفصولين: يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري اهـ.

وفي الظهيرية: وللبائع أن يلزم أيهما شاء على المشتري، فإن هلك أحدهما في يد البائع فله أن يلزمه الباقي لا الهالك، ولو حدث في أحدهما عيب في يد البائع فله أن يلزمه السليم، وليس له أن يلزمه المعيب إلا برضا المشتري، فإن ألزمه المعيب ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك، ولو قبضهما المشتري وخيار التعيين للبائع فهلك فالبيان بحاله اهـ. وأما إذا كان الخيار للمشتري فالبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار شرط وما هو مبيع مضمون بالثمن وغير المبيع أمانة، فلو اشترى ثلاثة أثواب وعين لكل ثمناً على أن له خيار التعيين فاحترق ثوبان ونصف الثالث رد النصف الباقي ولا شيء عليه من ضمان النصف المحترق وضمن نصف ثمن المحترقين ولو كان ثوبان فاحترق نصف كل معاً رد أيهما شاء بغير ضمان وضمن ثمن الآخر، ولو احترق أحدهما ونصف الآخر لزمه ثمن المحترق لتعينه مبيعاً ورد الآخر بغير ضمان ويسقط خيار التعيين بما يسقط به خيار الشرط. وإذا بيع أحدهما أو هلك تعين هو مبيعاً والآخر أمانة، ولو هلكا معاً ضمن نصف ثمن كل واحد منهما، ولو اختلفا في الهالك أوّلاً تحالفا على العلم على قول الإمام الأول ثم رجع إلى قوله

أحدهما مثلياً والآخر قيمياً وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغي اهـ. قلت: وهذا لا يرد على ما قاله الشارح هنا من كونه قيداً احترازياً إذ المراد الاحتراز عما عدا القيميين لصحته مع التفصيل والتعيين وبدونهما ولذا قال: يصح مطلقاً لأنه في القيميين لا يصح بدونهما فعلم أنه مع التفصيل والتعيين يصح في القيميين وغيرهما فتدبر. نعم ينبغي تقييد المثليين بما إذا كانا من جنس واحد إذا لو اختلفا كبر وشعير صارا كالقيميين في اشتراط التفصيل والتعيين ليحصل العلم بالثمن والمبيع تأمل. قوله: **(وللبائع أن يلزم الخ)** أي إذا كان خيار التعيين مشروطاً له قوله: **(ويسقط خيار التعيين بما**

....

الثاني من أن القول للمشتري مع يمينه وبينة البائع أولى. ولو تعيبا معاً فالخيار بحاله وإن على التعاقب تعين الأول مبيعاً، وإن اختلفا في الأول فعلى ما ذكرنا. ولو باعهما المشتري ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه، ولو صبغ المشتري أحدهما تعين هو مبيعاً ورد الآخر، ولو أعتقهما البائع عتق الذي يرد عليه وإن كان أعتق ما اختاره المشتري للبيع لم يصح إعتاقه. ولو استولدهما المشتري تعينت الأولى للبيع وضمن عقر الأخرى للبائع، ولا يثبت نسب ولدها منه لعدم الملك ويؤمر المشتري بالبيان أيتهما استولدها أولاً، فإن مات قبل البيان فخيار التعيين للورثة، فإن لم تعرف الورثة الأول منهما ضمن المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرهما للبائع ويسعيان في نصف قيمتهما للبائع، وروي أن الولدين يسعيان أيضاً في نصف قيمتهما للبائع. ولو وطئهما البائع والمشتري فولدتا وادعى كل واحد منهما الولدين صدق المشتري في التي وطئها أولاً وضمن عقر الأخرى ويثبت نسب الأخرى من البائع لأنه استولد جارية نفسه ويضمن البائع عقر الأخرى للمشتري. وإن ماتا قبل البيان ولم تعلم ورثة المشتري الأول منهما لم يثبت نسب الولد من أحد لوقوع الشك وعتقوا وضمن المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرها للبائع، والبائع يضمن نصف عقر كل واحدة للمشتري ويتقاصان وولاؤهم بينهما. وقيل: لا ولاء على الولدين؛ كذا في الظهيرية.

ثم قال بعده: ويجوز خيار التعيين في الفاسد أيضاً إلا أن ها هنا ما يتعين للبيع كان مضموناً بالقيمة والباقي كما قلنا في الجائز. وإن ماتا معاً ضمن نصف قيمة كل واحد منهما، ولو أعتقهما المشتري عتق أحدهما والتعيين إليه، ولو أعتق أحدهما المشتري بعينه أو باعه جاز وعليه قيمته، ولا يجوز إعتاق المبهم لا من البائع ولا من المشتري لأن العتق المبهم بين المملوكين للمعتق ولم يوجد. ولو أعتق البائع أحدهما بعينه ثم أعتق المشتري ذلك أو عينه للبيع أو مات فعتق البائع باطل، ولو رد ذلك على البائع صح عتقه، ولو كان أعتقهما وردا عليه عتق أحدهما والتعيين إليه اهـ. وقيدوا صورة خيار التعيين بأن يقول على أن تأخذ أيهما شئت لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة وقال بعتك أحد هذين العبدين فقبل يكون فاسداً لجهالة المبيع، فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منهما، وإن مات أحدهما قبل صاحبه لزمه قيمة الآخر؛ كذا في المحيط وتقدم تفاريعه. ولم يذكر المؤلف خيار الشرط مع خيار التعيين للاختلاف، فقيل يشترط أن يكون فيه خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير. قال شمس الأئمة: وهو الصحيح فإذا ذكرا فله ردهما في المدة وإذا مضت لزم في أحدهما وله التعيين. وقيل: لا وهو المذكور في الجامع الكبير وصححه فخر

يسقط به خيار الشرط) يرد عليه أن خيار الشرط يبطل بالموت وخيار التعيين لا يسقط اهـ. ذكره الغزي كذا في حاشية الرملي وسيأتي آخر القولة تفصيل ما يبطله عن البدائع.

اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرده الآخر ولو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب

الإسلام، فيكون ذكره في الجامع الصغير وفاقاً لا شرطاً. ورجحه في فتح القدير ولكن ذكر قاضيخان أن الاشتراط قول أكثر المشايخ، وإذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده، وبأي مدة معلومة كانت عندهما؛ كذا في الهداية. وذكر في المحيط أنه لا يتأقت عنده بالثلاث فيجوز إلى أربعة عنده. وفيها: ثم ذكر في بعض النسخ: اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة اهـ. وفي فتح القدير: وإذا أقت خيار التعيين وكان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة أيام من ذلك الوقت، وحينئذ فإطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط مؤقت بالثلاث في قوله غير مؤقت بها عندهما وخيار التعيين مؤقت فيه نظر اهـ. وذكر الشارح أنه إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتأقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التأقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك، والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه اهـ. ويمكن أن يراد قسم آخر وهو ارتفاع العقد فيهما بمضي المدة من غير تعيين بخلاف مضيها في خيار الشرط فإنه إجازة ليكون لكل خيار ما يناسبه. وأطلق في محل الخيار وقيده في البدائع بالأشياء المتفاوتة كالعبيد والثياب، فعلى هذا لا يدخل خيار التعيين في المثليات من جنس واحد لأنه لا فائدة له لعدم التفاوت. وفيها: وأما ما يبطل هذا الخيار وهو نوعان: اختياري وضروري. والاختياري نوعان: صريح وما يجري مجراه، فالاختياري اخترت هذا أو شئته أو رضيت به أو أجزته وما يجري مجراه، وأما الاختياري دلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه كما قدمناه في خيار الشرط. وأما الضروري فهلاك أحدهما بعد القبض وتعيبه، وأما إذا تعيبا لم يتعين أحدهما للبيع وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لكن ليس له ردهما للزوم البيع في أحدهما بتعيبهما في يده وبطل خيار الشرط، وهذا يؤيد قول من يقول بأن فيه خيارين.

قوله: **(ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرده الآخر)** عند أبي حنيفة. وقالا: له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية؛ كذا في الهداية. وخصه في البناية بما إذا كان بعد القبض، أما قبله فليس له الرد يعني اتفاقاً. لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه. وله أن المبيع خرج عن

قوله: **(وفيها)** أي في الهداية. قوله: **(مؤقت بالثلاث في قوله)** أي قول الإمام أبي حنيفة. قوله: **(فيه نظر)** خبر عن قوله «فإطلاق الطحاوي» قال في النهر: وقد يجاب عنه بأن توقيت خيار التعيين ليس قدراً متفقاً عليه بل هو قول أكثر المشايخ فجاز أن الطحاوي وافق غير الأكثر على أن

فكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه.

ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما لرده معيباً به وفيه الزام ضرر زائد، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد. وقوله رضا أحدهما لا يرده الآخر اتفاقي إذ لو رد أحدهما لا يجيزه الآخر ولم أره صريحاً ولكن قولهم «لو رده أحدهما لرده معيباً» يدل عليه. وكذا قوله «اشتريا» إذ لو باعا ليس لأحدهما الانفراد إجازة أو رداً لما في الخانية: رجل اشترى عبداً من رجلين صفقة واحدة على أن البائعين بالخيار فرضي أحدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع في قول أبي حنيفة اهـ. وأشار إلى أن المبيع لو كان متعدداً والخيار لأحدهما ليس له أن يجيز في البعض ويرد في البعض، وكذا لو كان واحداً فأجاز من له الخيار في النصف ورده في النصف كما قدمناه، وصرح به في الخانية لكن ذكروه فيما إذا كان الخيار للبائع ولا فرق بينهما قوله: **(ولو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب فكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه)** لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالعقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض ولا يفسد بعدمه العقد بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات فصار كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف. وفي المعراج: قوله «على أنه خباز» أي عبد حرفته هكذا لأنه لو فعل هذا الفعل أحياناً لا يسمى خبازاً. وفي الذخيرة قال محمد في الزيادات: فإن قبضه المشتري فوجده كاتباً أو خبازاً على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد لا النهاية في الجودة. ومعنى أدنى ما ينطلق عليه الاسم أن يفعل من ذلك ما يسمى به الفاعل خبازاً أو كاتباً لأن كل واحد لا يعجز في العادة من أن يكتب على وجه تتبين حروفه، وأن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه وبذلك لا يسمى خبازاً ولا كاتباً اهـ. وفي فتح القدير: لو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى وارثه اجماعاً لأنه في ضمن ملك العين

الشارح قال: الذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه لأنه لا يفيد الخ. ثم قال في النهر: وأبدى في الحواشي السعدية له فائدة هي أن يجبر على التعيين بعد مضي الأيام الثلاثة قال: وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما إذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق اهـ. وكان المناسب أن يقال كما إذا ذكر خيار الشرط لأن المقصود التسوية بين توقيت خيار التعيين عند خلوه من خيار الشرط بالثلاثة وبين ما لو ذكر معه ومضت مدته حيث يجبر على التعيين فيهما فيظهر لتقييده بالثلاث عند عدم ذكر خيار الشرط فائدة أبو السعود عن شيخه وبهذه الفائدة يستغني عما يذكره المؤلف قوله: **(وفي فتح القدير لو مات هذا المشتري الخ)** قال الرملي: يؤخذ منه أن خيار الغبن الفاحش مع التغرير يورث لأنه أشبه به إذ هو معه اشتراه بناء على قوله فكان شارطاً له اقتضاء وصفاً مرغوباً فبان بخلافه. وقد اختلف تفقه الشيخ علي المقدسي والشيخ محمد الغزي في هذه المسألة

. . . .

اهـ. وفي الذخيرة: فلو امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتباً أو غير كاتب وينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن، وفي رواية لا رجوع بشيء ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح. ولو وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في هذه الصورة بعدما مضى حين من وقت البيع فقال المشتري لم أجده كاتباً وقال البائع إني سلمته إليك كذلك ولكنه نسي عندك وقد ينسى ذلك في تلك المدة فالقول للمشتري لأن الاختلاف وقع في وصف عارض إذ الأصل عدم الكتابة والخبز. والأصل أن القول قول من يدعي الأصل وأن العدم أصل في الصفات العارضة والوجود أصل في الصفات الأصلية فالقول للمشتري في عدم الخبز والكتابة لأنهما من الصفات العارضة. والقول للبائع في أنها بكر لأنها صفة أصلية وتمامه في فتح القدير. وكتبناه في القواعد في قاعدة أن اليقين لا يزول بالشك..

وفي تلخيص الجامع من باب الإقرار بالعيب: لو باعه ثوباً على أنه هروي ثم اختلفا في كونه هروياً فالقول للبائع لأن البائع لما قال بعتكه على أنه هروي فقبل المشتري صار كأنه أعاد ما في الإيجاب فصار كأنه قال اشتريته على أنه هروي فكان مقراً بكونه هروياً، فدعواه بعد خلافه تناقض بخلاف ما إذا قال بعتكه على أنه كاتب فقبل فالقول للمشتري لأن الاختلاف فيه في المقبوض وتمامه في شرحه للفارسي. وفي النوازل: اشترى جارية على أنها عذراء فعلم المشتري أنها ليست كذلك فإن علم بالوطء، فإن زايلها عند علمه بلا لبث لم تلزمه وإلا لزمته. ولو اشترى بقرة على أنها حبلى فولدت عنده فشرب اللبن وأنفق عليها فإنه يردها والولد وما شرب من اللبن ولا شيء له مما أنفق لأن البيع وقع فاسداً فكانت في ضمانه والنفقة عليه. ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي معز يجوز البيع وله الخيار لأن حكمهما واحد في الصدقات، وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس. وفي المجتبى عن جمع البخاري: الأصل فيه أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا، فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعقد فاسد، وإن كان من جنسه فالعقد جائز. ثم إن كان المشار إليه دون المسمى كان الخيار للمشتري وإلا فلا. والثياب أجناس والذكر مع الأنثى في بني آدم جنسان حكماً وفي سائر الحيوانات جنس واحد. وإذا كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فإنما يتعلق العقد بالمسمى إذا لم يعلم المشتري به، أما إذا علم به فالعقد يتعلق بالمشار إليه كمن قال بعتك هذا الحمار وأشار إلى العبد فإنه يصح. ولو اشترى ثوباً على أنه هروي فإذا هو بلخي

لأنهما لم يرياها منقولة، ومال الشيخ علي لما قلته لكن لم يذكر وجهه غير أنه قال: والذي أميل إليه أنه مثل خيار العيب يعني فيورث والله تعالى أعلم. قوله: **(وفي رواية لا رجوع بشيء)** قال الرملي: وجهه ما تقدم من أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن. قوله: **(فإن علم بالوطء الخ)** انظر ما

....

فالبيع فاسد عندنا، وكذا على أنه أبيض فإذا هو مصبوغ أو على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران أو داراً على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أو على أن لا بناء أو لا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل أو أرضاً على أن أشجارها كلها مثمرة فإذا فيها غير مثمر فسد البيع. ولو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة بغداد أو غلاماً على أنه تاجر أو كاتب أو غيره فإذا هو لا يحسنه أو على أنه فحل فإذا هو خصي أو على عكسه أو على أنها بغلة فإذا هو بغل أو على أنها ناقة فإذا هو جمل أو على أنها لحم معز فإذا هو لحم ضأن أو على أن هذا الحيوان حامل فوجدها غير حامل، جاز البيع وله الخيار وكذا في أمثالها. ولو اشترى على أنه بغل فإذا هي بغلة أو حمار ذكر فإذا هو أتان أو جارية على أنها رتقاء أو ثيب فوجدها خلاف ذلك إلى خير جاز البيع ولا خيار له فيه ولا في أمثاله إذا وجده على صفة خير من المشروطة. ولو باع داراً بما فيها من الجذوع والأبواب والخشب والنخيل فإذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري. وفي المحيط: اشترى شاة أو ناقة أو بقرة على أنها حامل فسد البيع إلا في رواية الحسن، والأصح في الأمة جوازه أو على أنها حلوب أو لبون أو على أنها تحلب كذا أو تضع بعد شهر يفسد. إلى هنا كلام المعراج.

وذكر بعضه في فتح القدير ثم قال: وينبغي في مسألة البعير والناقة أن يكون في العرب والبوادي الذين يطلبون الدر والنسل، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل اهـ. وصحح قاضيخان أنه لو باع جارية على أنها حامل أن البيع جائز لأنه بمنزلة شرط البراءة من العيب إلا أن يكون في بلد يرغبون في شراء الجواري لأجل الأولاد، واختلفوا فيما إذا باع جارية على أنها ذات لبن فقيل لا يجوز والأكثر على الجواز. ولو اشترى فرساً على أنها هملاج جاز لأن الهملاج لا يصير غير هملاج. وفي البدائع: اشترى جارية على أنها مغنية إن شرطه على وجه الرغبة فيه فسد البيع لكونه شرط ما هو محظور محرم، وإن شرط في البيع على وجه

كتبناه في باب خيار العيب عند قوله «ومن اشترى ثوباً فقطعه الخ» قوله: **(ولو اشترى ثوباً على أنه هروي الخ)** إنما كان البيع فاسداً لأن المبيع المشار إليه من خلاف جنس المسمى. وذكر في الفتح قبل هذه المسائل أصلاً فقال: واعلم أنه إذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار، وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما إذا وجده خيراً مما شرطه. وضابطه أن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب أجناس أعني الهروي والإسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الأنثى في بني آدم جنسان، وفي سائر الحيوانات جنس واحد، والضابط فحش التفاوت في الأغراض وعدمه.

قوله: **(ولو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة الخ)** إنما جاز البيع مع الخيار لكون المشار إليه من جنس المسمى لكنه دونه. قوله: **(أو على إن هذا الحيوان حامل الخ)** مخالف للمسألة السابقة

. . . .

التبري من العيب لا يفسد، فإذا لم يجدها مغنية لا خيار له لأنه وجدها سالمة من العيب. ولو باع جارية على أنها ما ولدت فظهر أنها ولدت فله ردها، ولو اشترى ثوباً على أنه مصبوغ بالعصفر فإذا هو أبيض. جاز البيع ويخير بخلاف عكسه فإنه يفسد ولو اشترى كرباساً على أن سداه ألف فإذا هو ألف ومائة سلم الثوب إلى المشتري لأنه زيادة وصف. ولو اشترى ثوباً على أنه سداسي فإذا هو خماسي خير المشتري إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه لأنه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسده. ولو باع ثوباً على أنه خز فإذا لحمته خز وسداه قطن جاز البيع لأن السدى تبع للحمة. ولو اشترى سويقاً على أن البائع لته بمن من سمن وتقابضا والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشتري لأنه هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتفى الغرور، وهو كما لو اشترى صابوناً على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن ثم ظهر أنه متخذ من أقل من ذلك والمشتري كان ينظر إلى الصابون وقت الشراء، وكذا لو اشترى قميصاً على أنه اتخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشتري. ولو باع أرضاً على أنها غير خراجية فإذا هي خراجية فسد البيع، وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن علم المشتري أنها أرض خراج فسد البيع، وإن لم يكن عالماً بذلك جاز البيع ويخير المشتري. اشترى قلنسوة على أن حشوها قطن فلما فتقها المشتري وجدها صوفاً اختلفوا والصحيح جواز البيع والرجوع بالنقصان لأن الحشو تبع وتغير التبع لا يفسد اهـ. ما في الخانية. والهملاج قال في المصباح: هملج البرذون هملجة مشى مشية سهلة في سرعة. وقال في مختصر العين: الهملجة حسن سير الدابة وكلهم قالوا في اسم الفاعل هملاج بكسر الهاء للذكر والأنثى بمقتضى أن اسم الفاعل لم يجئ على قياسه وهو مهملج اهـ. اعلم أن اشتراط

وهي قوله «ولو اشترى بقرة على أنها حبلى الخ» حيث ذكر هناك أن البيع فاسد وهنا أنه جائز ولعله على رواية الحسن كما يأتي قريباً تأمل. قوله: **(ولو اشترى على أنه بغل الخ)** إنما جاز بدون الخيار لكونها من جنس واحد والمشار إليه خير من المسمى على وفق ما قرره من الأصل فتأمل. وفي التتارخانية: إذا باع من آخر شخصاً على أنها جارية وأشار إليها فإذا هو غلام فلا بيع بينهما وهذا استحسان أخذ به علماؤنا، والقياس أن ينعقد به البيع ويكون للمشتري الخيار، ثم ذكر الأصل المنقول عن المجتبى وبقية التفاريع. قوله: **(إلى هنا كلام المعراج)** أي من عند قوله في أول المقولة، وفي المعراج إلى هنا من كلامه لكن ذكر المؤلف ما ليس منه وهو قوله والأصل أن القول إلى قوله وفي النوازل، وما ذكره هنا من أنه لو اشتراها على أنها حلوب يفسد، ذكر في فتح القدير أنه رواية ابن سماعة عن محمد قال: لأن المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن. ونقل في المعراج قبل هذا عن الطحاوي أنه لا يفسد لأنه وصف مرغوب، وكذا ذكره في الفتح وقال: كما إذا شرط في الفرس أنه هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح. قوله: **(ولو باع جارية على أنها ما ولدت الخ)**

باب خيار الرؤية

شراء ما لم يره جائز وله أن يرده إذا رآه وإن رضي قبله ولا خيار لمن باع ما لم يره

الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحاً أو دلالة لما في البدائع في خيار العيب: والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة إلا أن يكون ذلك شرطاً في العقد، وإن لم يكن مشروطاً في العقد وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها لأن الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصاً اهـ. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام. والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية. ثم اعلم أن هذا الخيار يثبت للمشتري في شراء الأعيان ولا يثبت في الديون كالمسلم فيه والأثمان، وأما في رأس مال السلم إن كان عيناً فإنه يثبت للبائع أي المسلم إليه الخيار فيه، ولا يثبت في كل عقد لا ينفسخ بالرد كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع. وينفسخ بقوله رددت إلا أنه لا يصلح الرد إلا بعلم البائع عندهما خلافاً للثاني وهو يثبت حكماً لا بالشرط. ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري حتى إنه لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن، وكذا لو هلك في يده أو صار إلى حال لا يملك فسخه بطل خياره؛ كذا في السراج الوهاج. وذكر في المعراج أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة أشياء: في الشراء والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه. وفي المعراج: لا يطالب البائع المشتري بالثمن قبل الرؤية قوله: **(شراء ما لم يره جائز)** أي

قال الرملي وفي البزازية: اشتراها وقبضها ثم ظهور ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لم يعلم في رواية المضاربة عيب مطلقاً لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبداً وعليه الفتوى. وفي رواية إن نقصتها الولادة عيب، وفي البهائم ليس بعيب إلا أن يوجب نقصاناً وعليه الفتوى اهـ. فظاهر ما في البدائع أنه لا يرد إلا إذا شرط أنها ما ولدت ولو لم يشرطه لا يرد وهو مخالف لما عليه الفتوى كما سمعت والله تعالى أعلم اهـ. قلت: ذكر في البزازية أيضاً عن النهاية

باب خيار الرؤية

قوله: **(وأما في رأس مال السلم الخ)** هكذا في بعض النسخ وفي بعضها «وأما السلم ففي

....

صحيح لما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلاً عن مكحول مرفوعاً «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه» وجهالته بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه. وإطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أو لا مثل أن يقول بعت منك ما في كمي، وعامة المشايخ قالوا: إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده. وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه. والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وصاحب الأسرار والذخيرة من أن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لم يجز بالإجماع مثل أن يشتري ثوباً في جراب أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً، ومنه أن يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا أو لم يقل صفتها كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلاً كأن يقول بعتك شيئاً بعشرة؛ كذا في فتح القدير. وأراد بما لم يره ما لم يره وقت العقد ولا قبله، والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجاز ليشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيراً وما اشتراه الأعمى. وفي القنية: اشترى ما يذاق فذاقه ليلاً ولم يره سقط خياره.

قوله: **(وله أن يرده إذا رآه وإن رضي قبله)** أي للمشتري رده وإن قال رضيت قبل العلم به. وأعاد الضمير مذكراً للمعنى لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها. وأورد طلب الفرق بين الفسخ والإجازة قبلها فإنها غير لازمة وهو لازم مع استوائهما في التعلق بالشرط. والجواب أن للفسخ سبباً آخر وهو عدم لزوم هذا العقد، وما كان ليس بلازم فللمشتري فسخه ولم يثبت لها سبب آخر فبقيت على العدم. ومنعه في فتح القدير بأنا لا نسلم أنه قبلها غير لازم بل نقول إنه بات، وإنما يحصل له عدم للزوم عندها فقبلها يثبت حكم السبب وهو اللزوم اهـ. وهو مردود لأن اللازم ما لا يقبل الفسخ من أحدهما بدون رضا الآخر وهذا يقبله إذا رآه. وفي المحيط: قيل لا يملك فسخه قبلها وقيل يملكه وهو الأصح لأن الفسخ كما يملك بالخيار يملك بسبب عدم لزوم البيع كالعارية والوديعة والوكالة والشركة وعدم اللزوم ثابت بسبب جهالة المبيع. واختلفوا هل هو مطلق أو موقت؟ فقيل موقت بوقت إمكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وإن لم توجد الإجازة صريحاً ولا دلالة. وقيل: يثبت الخيار له مطلقاً نص عليه في نوادر ابن رستم. وذكر

رأس المال إن كان الخ». قوله: **(مثل أن يشتري ثوباً في جراب الخ)** تمثيل لما وجد فيه شرط الجواز وقد مر في عبارة الفتح.

قوله: **(اشترى ما يذاق فذاقه ليلاً الخ)** قال الرملي: مفهومه أن ما لا يذاق لو اشتراه ليلاً لا

. . . .

محمد في الأصل وهو الصحيح لإطلاق النص والعبرة لعين النص لا لمعناه اهـ. وحاصله أنه غير لازم قبل الرؤية بسبب جهالة المبيع وإذا رآه حدث له سبب آخر بعد لزومه وهو الرؤية ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد. ثم اعلم أنه لا يملك فسخه إلا بعلم البائع، وقيد بخيار الرؤية لأنه لو قال وله خيار العيب رضيت به قبل أن يراه ثم رآه فلا خيار له لأن سبب الخيار فيه العيب وهو موجود قبل العلم بخلافه هنا فافترقا؛ كذا في المعراج. وفي ايضاح الإصلاح: ولمشتريه الخيار عنده إلى أن يوجد مبطله، وإن قال رضيت قبلها لم يقل وإن رضي قبلها لما فيه من إيهام تحقق الرضا قبلها وفساده ظاهره اهـ. ويرد عليه البيع بشرط البراءة من العيوب فإنه صحيح وقالوا: إنه رضي بجميع عيوبه الظاهرة والباطنة مع أنه لم يطلع عليها حتى لو اطلع على عيب باطني لا يعلمه إلا الأطباء لا يملك رده فجاز تحقق الرضا قبل العلم والرؤية. وفي جامع الفصولين: خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان في البيع الفاسد. وفي المحيط: اشترى راوية ماء فله الخيار إذا رآه لأن بعض الماء أطيب من بعض اهـ. فعلى هذا له رد الماء بعد صبه في الحب حيث لم يره قبله أي الزير ولكن سيأتي أن البائع إذا حمله إلى منزل المشتري امتنع رده إلا إذا حمله إليه. وفي حيل الولواجية: رجل باع ضيعة لم يرها المشتري فأراد أن يبيعها على وجه لا يكون له خيار الرؤية فالحيلة أن يقر بثوب لإنسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة، ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشتري لأنه اشترى شيئين صفقة واحدة وقد استحق أحدهما فليس له أن يرد الباقي بخيار الرؤية لأن فيه تفريق الصفقة على البائع اهـ. قوله: **(ولا خيار لمن باع ما لم يره)** وهو قول الإمام المرجوع

يسقط خياره إلا برؤيته ولا يشك فيه شاك، والظاهر أن النهار فيما يذاق كالليل أيضاً فيسقط خياره بذوقه من غير رؤية فلو أسقط لفظة ليلاً لكان أولى اهـ. قلت: وإنما قيد به ليفيد أن مجرد الذوق فيما يذاق إذا حصل به المقصود يكفي وإن لم توجد رؤية، ويفهم بالأولى أنه إذا ذاقه نهاراً وهو يراه كفى. قوله: **(وأعاد الضمير مذكراً للمعنى)** أي أن حقه التأنيث لعوده إلى الرؤية لكن لما كان المراد بالرؤية العلم كما تقدم ذكر الضمير مراعاة للمعنى. قوله: **(ومنعه في فتح القدير بأنا لا نسلم الخ)** ما بنى عليه المنع من أنه بات هو المفهوم من كلام العناية حيث تعقب الجواب المذكور بأن عدم اللزوم باعتبار الخيار فهو ملزوم الخيار، والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لأن ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم اهـ. وأجاب عن هذا التعقب في الحواشي السعدية بأنا لا نسلم أن عدم لزومه للخيار بل لعدم وقوعه منبرماً. غاية ما في الباب إن عدم الانبرام باعتبار أنه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونها. وقوله «والخيار الخ» ممنوع لأن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر. قوله: **(وهو مردود الخ)** قال في النهر: ما ذكره هو بالرد أليق لأن الشارع حيث علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة بالرؤية لزم القول بلزومه قبله اهـ. وهو مندفع بما مر عن الحواشي تأمل. قوله: **(لأنه لو قال وله خيار العيب)** الواو للحال أي والحال أن له خيار العيب.

. . . .

إليه لأنه معلق بالشراء فلا يثبت دونه، وروي أن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة؛ كذا في الهداية. وهذا الأثر رواه الطحاوي ثم البيهقي.

فائدة: ذكر شيخ الإسلام ابن حجر في تقريب التهذيب جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي النوفلي صحابي عارف بالأنساب، مات سنة ثمان أو سبع وخمسين. ومراده البيع بثمن، أما إذا باع سلعة بسلعة ولم ير كل منهما ما يحصل له من العوض كان لكل واحد منهما الخيار لأن كل واحد منهما مشتر للعوض الذي يحصل له؛ كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عيناً والكيلي والوزني إذا كانا عيناً فهما كسائر الأعيان، وكذا التبر من الذهب والفضة والأواني ولا يثبت خيار الرؤية فيما ملك ديناً في الذمة كالسلم والدراهم والدنانير عيناً كان أو ديناً، والكيلي والوزني لو لم يكونا عيناً فهما كنقدين لا يثبت فيهما خيار الرؤية إذا قبضا اهـ. وفي الظهيرية: لو اشترى جارية بعبد وألف فتقابضا ثم رد بائع الجارية العبد بخيار الرؤية لم ينتقض البيع في الجارية بحصة الألف. وفي المحيط: باع عيناً بعين لم يرها وبدين ثم رآها فردها ينتقض البيع في حصة العين ولا ينتقض في حصة الدين لأنه لا خيار في حصته اهـ.

قوله: **(ويبطل بما يبطل به خيار الشرط)** أي للمشتري يعني من صريح ودلالة وضرورة فما يفعل للامتحان لا يبطلهما إن لم يتكرر، فإن تكرر أبطلهما كالاستخدام مرة ثانية وما لا يفعل للامتحان ولا يحل في غير الملك، فإن كان ذلك التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق أو بشرط خيار للمشتري والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار، وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ويرد عليه طلب الشفعة فإنه مسقط لخيار الشرط دون خيار الرؤية هو المختار كما في الولوالجية لأنه دليل

قوله: **(ولا يردان على صاحب الهداية)** أي الشفعة والعرض على البيع. قوله: **(فيرد على صاحب الكنز الأخذ بالشفعة)** فإنه قبل الرؤية لا يبطله وكذلك قوله «والبيع بخيار» أي لو كان الخيار للبائع، وأما لو كان الخيار للمشتري فيبطله مطلقاً كالبيع المطلق كما مر، والكلام فيما فارق خيار الشرط فكان الأولى تقييد البيع بما فيه خيار البائع. وقوله «والإجارة» غير صحيح فإنه يبطل خيار الرؤية أيضاً مطلقاً قبل الرؤية وبعدها كما قدمه ولعله بالزاي لا بالراء لكن يبقى مكرراً مع قوله بعد «ويرد

. . . .

الرضا وصريحه لا يبطله فدلالته أولى كالعرض على البيع وأخواته، وهذا هو العذر للمؤلف لأنه قدم أن صريح الرضا لا يبطله قبلها، ولا يرد أن على صاحب الهداية لأنه قال من تعيب وتصرف كما في العناية لكن يرد عليه الإسكان بغير أجر فإنه مبطل لخيار الشرط فقط مع أنه تصرف ويرد عليه الزيادة فإنها تبطلهما. والحاصل أن كلاً من العبارتين لم يسلم من الإيراد فيرد على صاحب الكنز الأخذ بالشفعة والعرض على البيع والبيع بخيار والإجارة والإسكان بلا أجر فإنها تبطل خيار الشرط دون الرؤية، وهذه لا ترد على صاحب الهداية إلا الإسكان فإنه تصرف ولكن يرد عليه ما في جامع الفصولين: لو أسكن المشتري في الدار رجلاً بلا أجر سقط خيار الشرط كما لو أسكن بأجر، وفي خيار الرؤية لا يسقط إلا إن أسكنه بأجر اهـ. ولم يقيد بكونه قبل الرؤية ويرد على الكلية أيضاً الرضا به قبل الرؤية لا يبطله ويبطل خيار الشرط، وأما العرض على البيع فقدمنا أنه لا يبطله قبلها و يبطله بعدها والقبض أو نقد الثمن بعد الرؤية مسقط له. شراه وحمله البائع إلى بيت المشتري فرآه ليس له الرد لأنه لو رده يحتاج إلى الحمل فيصير هذا كعيب حدث عند المشتري ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشتري. ولو شرى متاعاً وحمله إلى موضع فله رده بعيب أو رؤية لو رده إلى موضع العقد وإلا فلا. ولو شرى أرضاً لم يرها فزرعها أكاره بطل خياره، وكذا لو قال الأكار رضيت وتصرف اشترى في المبيع يسقط خياره إلا في الإعارة فإنه لو أعار الأرض قبل أن يراها ليزرعها المستعير لا يسقط خياره قبل الزراعة؛ كذا في جامع الفصولين. وذكر قبله: شرى شاة لم يرها فقال للبائع احلب لبنها فتصدق به أو صبه على الأرض ففعل بطل خياره في الشاة لقبض اللبن، ولو تصرف المشتري وسقط خياره ثم عاد إلى ملكه بسبب كالرد بقضاء أو فك الرهن أو فسخت الإجارة لم يرد بخيار الرؤية لأنه بطل فلا يعود؛ كذا في المعراج: وفي القنية: اشترى قوصرة سكر لم يره ثم أخرجه من القوصرة وغربله فلم يعجبه سقط خياره. ثم رقم أن خياره باقٍ وقدمنا مسألة ما إذا حمله المشتري إلى بلد آخر وأنه لا يرده إلا إذا أعاده إلى مكان العقد. ـ زاد في القنية ـ سواء ازدادت قيمته بالحمل أو انتقص.

على الكلية الرضا به الخ» تأمل. ثم إن الإيراد بهذه المذكورات مندفع بما قدمه من أن هذه كلها دليل الرضا وصريحه قبل الرؤية لا يبطله فدلالته أولى أو بما في النهر حيث قال: ويبطل خيار الرؤية بعد ثبوته دل على هذا قوله «وإن رضي قبلها» اهـ. قوله: **(ولكن يرد عليه ما في جامع الفصولين الخ)** أي يرد على صاحب الهداية ولا محل للاستدراك هنا لأنه بمعنى ما قبله فكان الوجه ذكره على صيغة التعليل فيقول بعد قوله فإنه تصرف لما في جامع الفصولين تأمل قوله: **(ولو شرى أرضاً لم يرها فزرعها اكارة بطل خياره)** أقول وقال في التتارخانية وفي الفتاوى: سئل أبو بكر عمن اشترى أرضاً ولها أكار فزرعها الأكار برضا المشتري بأن تركها عليه على الحالة المتقدمة ثم رآها فليس له أن يردها. قوله: **(ولو تصرف المشتري وسقط خياره الخ)** سيأتي آخر الباب كلام في هذه المسألة. قوله:

ويبطل بما يبطل به خيار الشرط وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب

وفي القنية أيضاً: المشترى مضمون على المشتري بعد الرد بالثمن كما لو كان له خيار الشرط، وكذا الرد بالعيب بقضاء، وفي إيضاح الإصلاح: ومعنى بطلانه قبل الرؤية خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عندهما اهـ. وبه اندفع ما يقال كيف قالوا ببطلان الخيار قبلها مع أنه معلق بها كما قدمناه. وفي الظهيرية: لو اشترى عبدين فقتل أحد العبدين إنسان خطأ قبل القبض فأخذ المشتري قيمته من قاتله لا يبطل خياره في الآخر، والوطء والولادة تبطل الخيار وإن مات الولد. عن عيسى بن أبان: إذا زوج المشتري الجارية قبل القبض ثم رآها قبل دخول الزوج فله الرد، والمهر يصلح بدلاً عن عيب التزويج، وإن كان أرش العيب أكثر من المهر قيل يغرم الباقي وهو الصحيح. ولو عرض بعض المبيع على البيع أو قال رضيت ببعضه بعد ما رآه فالخيار بحاله في رواية المعلى عن أبي يوسف. وقال محمد: بطل خياره وهو قول أبي حنيفة. ولو اشترى شيئين ورآهما ثم قبض أحدهما فهو رضاً. رواه ابن رستم عن أبي حنيفة. ورؤية أحدهما لا تكون كرؤيتهما إلا إذا قبض الذي رآه وأتلفه فحينئذ يلزمه وفيه خلاف أبي يوسف اهـ. وفي المحيط: اشترى عدل ثياب فلبس واحداً منهم بطل خياره في الكل. ثم اعلم أن من له الخيار يملك الفسخ إلا ثلاثة لا يملكونه: الوكيل والوصي والعبد المأذون إذا اشتروا شيئاً ناقل من قيمته فإنهم لا يملكونه إذا كان خيار عيب ويملكونه إذا كان خيار رؤية أو شرط كما سيأتي في خيار العيب. ثم اعلم أن قوله «يبطل بما يبطل به خيار الشرط» غير منعكس فلا يقال ما لا يبطل خيار الشرط لا يبطل خيار الرؤية لانتقاضه بالقبض بعد الرؤية فإنه مبطل خيار الرؤية والعيب لا خيار الشرط، وهلاك بعض المبيع لا يبطل خيار الشرط والعيب ويبطل خيار الرؤية؛ ذكرهما في التلقيح للمحبوبي.

قوله: **(وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار)** لأن الأصل فيه أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، فرؤية وجه الصبرة معرفة للبقية لكونه مكيلاً يعرض بالنموذج وهو المكيلات والموزونات فيكتفي برؤية بعضه إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار أي خيار العيب لا خيار الرؤية كما في الينابيع وظاهر ما في الكافي أنه خيار رؤية، والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حدّ العيب، وخيار

(اشترى عدل ثياب فلبس واحداً بطل خياره في الكل) قال الرملي: هذا إذا كان غير المرئي على صفة المرئي فإن لم يكن بقي خيار الرؤية صرح به في جامع الفصولين اهـ. أقول: لم يذكر ذلك في جامع الفصولين في هذه المسألة وإنما ذكره في العددي المتقارب، نعم ذكر بعده ما يوهم شمول ذلك لمسألة العدل المذكورة وهو غير مراد لأن الثياب متفاوتة فكيف يصح أن يقال إن كان غير المرئي على صفة المرئي. ثم إن مسألة العدل سيذكرها المصنف متناً آخر الباب. قوله: **(وظاهر ما في الكافي أنه خيار**

. . . .

رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم العيب بل الدون، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال ـ كذا في فتح القدير ـ بخلاف ما إذا كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد. والجوز والبيض مما يتفاوت آحاده فيما ذكر الكرخي، قال في الهداية: وينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة. وصرح به في المحيط وفي المجرد وهو الأصح، ثم السقوط برؤية البعض في المكيل إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا فمشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل، ومشايخ بلخ لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء، والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لأنه يعرف الباقي. هذا إذا ظهر له أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود، أما إذا كان أردأ فهو على خياره. وأما إذا كان متفاوت الآحاد كالبطاطيخ والرمان فلا تكفي رؤية البعض في سقوط خياره ولو قال رضيت وأسقطت خياري. وفي شراء الرحا لا بد من رؤية الكل، وكذا السراج بأداته ولبده لا بد من رؤية الكل؛ كذا في فتح القدير. وإنما ذكر الرقيق ولم يذكر الجارية ليشمل العبد كما في المعراج من أن المعتبر فيهما النظر إلى الوجه ولا اعتبار برؤية ما عداه من الأعضاء، ولا يشترط رؤية الكفين واللسان والأسنان والشعر عندنا، وعن الشافعي اشتراطه، وفي المصباح: الأنموذج بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء وهو معرب، وفي لغة نموذج بفتح النون والدال معجمة مفتوحة مطلقاً. وقال الصغاني: النموذج مثال الشيء الذي يعمل عليه وهو تعريب نموذه. وقال: الصواب النموذج لأنه لا تغيير فيه بزيادة اهـ. وقوله «والدابة» بالجر عطف على «الصبرة» أي وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها لأنه هو المقصود، وظاهره انه لا يشترط رؤية القوائم وهو المروي عن أبي يوسف وهو الصحيح؛ كذا في المعراج. وقيل: يشترط وخص من إطلاق الدابة الشاة فلا بد من الجس في شاة اللحم لكونه هو المقصود وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع، وشاة القنية هي التي تحبس في البيوت لأجل النتاج. اقتنيته اتخذته لنفسي قنية أي أخذ المال للنسل لا للتجارة.

وفي المجتبى معزياً إلى المحيط عن أبي حنيفة في البرذون والحمار والبغل يكفي أن يرى شيئاً منه إلا الحافر والذنب والناصية؛ كذا في المعراج وفي الظهيرية؛ وفي شاة القنية لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها اهـ. فليحفظ فإن في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار

رؤية) حيث علله بأنه إنما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها. قوله: **(والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب الخ)** قال في النهر: وعندي أن ما في الكافي هو التحقيق وذلك أن هذه الرؤية إذا لم تكن كافية فما الذي أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه إلى خيار العيب فتدبره. قوله: **(فليحفظ فإن في بعض العبارات الخ)** قال في النهر وأقول: الظاهر أنه لو اقتصر على رؤية الضرع كفاه كما جزم به غير واحد.

....

على رؤية ضرعها. والكفل بفتحتين العجز؛ كذا في المصباح. وأما الثوب فاكتفى المصنف برؤية ظاهره مطوياً لأن البادئ يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسره ونقصان قيمته وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كليهما أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم. ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر. وفي المبسوط: الجواب على ما قال زفر. وفي الظهيرية: رؤية الظهارة تكفي إلا أن تكون البطانة مقصودة بأن كانت بسمور أو نحوه فتعتبر رؤيته اهـ. وأما الدار فظاهر الرواية أنه إذا رأى خارجها أو رأى أشجار البستان من خارج فإنه يكتفي به. وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت. والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ، فأما اليوم فلا بد من الدخول داخل الدار للتفاوت، فالنظر إلى ظاهر لا يوقع العلم بالداخل، وفي جامع الفصولين وبه يفتى. فالحاصل أن المؤلف رحمه الله تعالى اختار قول زفر في الدار وكان ينبغي له اختياره في الثوب فإن المختار قوله فيهما. وشرط بعضهم رؤية العلو والمطبخ والمزبلة وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام. ولم يذكر المصنف بقية أنواع المبيعات ولا بد من ذكرها قالوا: لا بد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه، وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئاً، وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض، ولو اشترى دهناً في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل. وفي التحفة: لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا: لا يسقط خياره لأنه ما رأى عينه بل رأى مثاله. ولو اشترى سمكاً في ماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم: يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع. وقال بعضهم: لا يسقط. وهو الصحيح لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما كان فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وإن كان المبيع مما يطعم فلا بد من الذوق لأنه المعرف المقصود، وإن كان مما يشم فلا بد من شمه كالمسك. وفي الولوالجية: اشترى نافجة مسك فأخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لأن الإخراج يدخل عليه عيباً ظاهراً حتى لو لم يدخل كان له أن يرد بخيار العيب والرؤية جميعاً اهـ. وفي جامع الفصولين: اشترى داراً واستثنى منه بيتاً معيناً لا بد من رؤية المستثنى فكما يشترط رؤية المبيع لسقوط الخيار يشترط رؤية المستثنى لأن جهالة وصف المستثنى توجب جهالة في المستثنى منه اهـ. وقدمنا عن الخانية حكم ما إذا اشترى مغيباً في الأرض. وفي الظهيرية: وفي الثمار على رؤوس الأشجار يعتبر رؤية جميعها بخلاف الموضوعة على الأرض، وفي تراب المعدن وتراب الصواغين يعتبر رؤية ما يخرج منه، ورؤية

قوله: **(دون الصرم)** الصرم الجلد؛ قاموس. قوله: **(ومنها تصح كفالة الوكيل بقبض الثمن**

المطوى وداخل الدار ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله وصح عقد الأعمى وسقط

أحد المصراعين أو أحد الخفين أو أحد النعلين لا يكفي ولا يكفي أن يرى ظاهر الطنفسة ما لم ير وجهها وموضع الشيء منها وما كان له وجهان مختلفان تعتبر رؤيتهما اهـ. وفي المعراج: وفي البساط لا بد من رؤية جميعه، ولو نظر إلى ظهور المكاعب لا يبطل خياره، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم يبطل. قلت: وينبغي أن يشترط رؤية الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصوداً. وفي الوسادة المحشوة لو رأى ظاهرها فإن كانت محشوة مما يحشى مثلها يبطل خياره، وإن كان مما لا يحشى مثلها فله الخيار اهـ. وفي المحيط: الأصل أن غير المرئي إن كان تبعاً للمرئي فلا خيار له في غير المرئي، وإن كان غير المرئي أصلاً فإن كان رؤية ما رأى لم تعرفه حال رؤيته بقي خياره وإن كانت تعرفه بطل اهـ.

قوله: **(ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله)** أي بأن قبض الوكيل وهو ينظر إليه؛ كذا في البدائع. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا هما سواء وله الرد لأنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصداً. أوله أن القبض نوعان: تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستوراً، وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة، ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق توكيله. وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف. ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه فإن الإختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله، وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولاً في البيع. قيد الوكيل بالقبض لأنه لو كان وكيلاً بالشراء فرؤيته مسقطة للخيار بالإجماع؛ كذا في الهداية ثم اعلم أنهم جعلوا الوكيل بالقبض كالرسول في مسائل منها لا يصح إبراؤه بخلاف الوكيل بالبيع، ومنها لا رجوع عليه بالثمن إذا رد المبيع بعيب بعد ما دفع إلى الموكل بخلاف الوكيل بالبيع، ومنها لو حلف لا يقبض فوكل به حنث بخلاف لا يبيع فوكل لا يحنث، ومنها تصح كفالة الوكيل بقبض الثمن المشتري بخلاف الوكيل بالبيع، ومنها قبول شهادة الوكيل بقبض الدين به، وستأتي المسائل في كتاب الوكالة تماماً إن شاء الله تعالى. وبهذا يترجح قولهما هنا أنه بمنزلة الرسول ورؤية الرسول بالشراء لا تسقط الخيار، كذا في المحيط. وفي المعراج: قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغنى عن إضافته إلى المرسل وإليه الإشارة في قوله تعالى: ﴿يا أيها الرسول بلغ﴾ [المائدة: ٦٧] وقوله تعالى ﴿وما أنت عليهم بوكيل﴾ [الأنعام: ١٠٧] ﴿قل لست عليكم بوكيل﴾[الأنعام: ٦٦] نفى

المشتري) الوكيل فاعل الكفالة والمشتري بالنصب مفعول. وفي النهر للمشتري باللام فهي إما للتقوية

....

الوكالة وأثبت الرسالة. وفي الفوائد: صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلاً في قبض المبيع أو وكلتك بقبضة، وصورة الرسول أن يقول كن رسولاً عني في قبضة أو أمرتك بقبضة أو أرسلتك لتقبضه، أو قال قل لفلان أن يدفع المبيع اليك. وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اهـ. ونقص قول الامام أن الوكيل كالموكل بمسألتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما: أحدهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار. والموكل لو رأى ولم يقبض سقط خياره. والثانية لو قبضة الموكلَ مستوراً ثم رآه ثم بعد القبض فأبطل الخيار بطل، والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل. وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمناً لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتاً في مجرد رؤيتة قبل القبض ونقول: بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يتأتى على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح، وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسألة الثانية؛ كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: ولا يجوز التوكيل بإسقاط خيار الرؤية اهـ. وفي جامع الفصولين: والتوكيل بالرؤية مقصوداً لا يصح ولا تصير رؤيته موكله حتى لو شرى شيئاً لم يره فوكل رجلاً برؤيته وقال إن رضيته فخذه لم يجز، والوكيل بالشراء لو شرى ما رآه موكله ولم يعلم به الوكيل فله خيار الرؤية ولو لم يره، وهذا فيما إذا وكله بشراء شيء لا بعينه، ففي المعين ليس للوكيل خيار الرؤية. وكله بشراء قن بلا عينه فشرى قناً رآه الوكيل فليس له ولا لموكله خيار

أو بمعنى «عن» وإلا فالمكفول له بالثمن هو البائع. قوله: **(وفي الفوائد الخ)** هذا لا ينافي ما قبله لأن ذاك في الفرق بين الرسول والوكيل، وهذا فرق بين التوكيل والإرسال أي ما يصير به الوكيل وكيلاً وما يصير به الرسول رسولاً من الألفاظ. وحاصل الفرق بين الأولين أن الوكيل مباشر والرسول مبلغ وهذا ما سيأتي في كتاب الوكالة عن تهذيب القلانسي الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة. وحاصل الفرق بين الثانيين أن الوكيل يصير وكيلاً بألفاظ الوكالة، والرسول يصير رسولاً بألفاظ الرسالة، وبمطلق الأمر فالأمر رسالة لا وكالة، ويخالف هذا ما سيأتي في الوكالة عن البدائع من أن الإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه. وقال المؤلف هناك: فإن قلت فما الفرق بين التوكيل والإرسال فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت؟ قلت: الرسول أن يقول له أرسلتك أو كن رسولاً عني في كذا وقد جعل منها الزيلعي في باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه. وصرح في النهاية فيه معزياً إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل وهو الموافق لما في البدائع إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اهـ. أقول: المنقول هنا عن الفوائد أن الأمر إرسال لا توكيل تأمل. لكن سيذكر المؤلف في الوكالة عن الولوالجية ما يدل على أن الأمر توكيل إذا دل على إنابة المأمور مناب الأمر فراجعه. قوله: **(فله خيار الرؤية ولو لم يره)** الذي

خياره إذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما

الرؤية وكذا خيار العيب اهـ. وإنما يصح التوكيل بالرؤية لأنها من المباحات يملكها كل واحد فلا تتوقف على توكيله. وفي المحيط؛ ولو وكل رجلاً بالنظر إلى ما اشتراه ولم يره إن رضي يلزم العقد، وإن لم يرض يفسخه يصح التوكيل فيقوم الموكل لأنه جعل الرأي والنظر إليه فيصح كما لو فوض الفسخ والإجازة اليه في البيع بشرط الخيار اهـ. وهو مخصص لإطلاق قولهم لا يصح التوكيل بالرؤية مقصوداً فيقال إلا إذا فوض اليه الفسخ والإجازة.

قوله: **(وصح عقد الأعمى)** أي بيعه وشراؤه وسائر عقوده لأنه مكلف محتاج اليها فصار كالبصير، ولتعامل الناس له من غير نكير فصار بمنزله الإجماع وبه قال الأئمة الثلاثة وقد كتبت في الفوائد أن الأعمى كالبصير إلا في مسائل: لا جهاد عليه ولا جمعه ولا جماعه ولا حج وإن وجد قائداً في الكل، ولا يصلح كونه شاهداً ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامح على المذاهب. ولا دية في عينيه وإنما الواجب حكومة عدل، وكره أذانه وحده وإمامته إلا أن يكون أعلم القوم، ولا يجوز إعتاقه عن الكفارات ولا كونه إماماً أعظم ولا قاضياً، ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه وإجتهاده في القبلة قوله: **(وسقط خياره إذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه)** لأن هذه الأشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير. والمراد بسقوطه سقوطه إذا وجدت هذه الأشياء قبل الشراء ثم اشترى، وأما إذا اشترى قبل هذه فهذه مثبته للخيار له لا لأنها مسقطة ويمتد أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول وفعل في الصحيح. وعبارة الولوالجية أن هذه الأشياء منه بمنزلة النظر من البصير. وقوله بجس المبيع معناه أن كان مما يجس وشمه إن كان مما يشم كالمسك والذوق فيما يذاق باللسان، وأما إذا اشترى عقاراً فرؤيته بوصفه له في جامع الفتاوى هو أن يوقف في مكان لو كان بصير الرآه ثم يذكر صفته، ولا يخفى أن إيقافه في ذلك المكان ليس شرطاً في صحة الوصف وسقوط الخيار به ولذا لم يذكره في المبسوط، واكتفى بذكر الوصف لأنه أقيم مقام الرؤية في السلم. ممن أنكره الكرخي وقال: وقوفه في ذلك الموضوع وغيره سواء في أنه لا يستفيد بذلك علماً؛ كذا في فتح القدير. وظاهر ما في الكتاب أن الوصف إنما يكتفي به العقار وأن غيره لا يوصف له. وعن أبي يوسف اعتبار الوصف في غير العقار أيضاً وظاهره أيضاً أنه لا شرط مع الوصف في العقار. وقال مشايخ بلخ: يمس الحيطان والأشجار. وظاهره أيضاً أن الجس فيما عدا ما يشم ويذاق والعقار. واستثنى منه في فتح

في جامع الفصولين «لو لم» بدون «واو» قوله: **(ويكره ذبحه)** جعله في الأشباه والنظائر مما لم ير حكمه وتأليفها متأخر عن هذا الشرح وزاد في الأشباه على ما لم يره حضانته ثم قال: وينبغي أن يكره ذبحه وأما حضانته فإن أمكن حفظه المحضون كان أهلاً وإلا فلا. قوله: **(في جامع الفتاوى هو أن يوقف)** أي الوصف المعتبر هو كذا وفي بعض النسخ في جامع الفصولين والذي في الفتح

....

القدير الثمر على رؤوس الأشجار أنه يعتبر فيه الوصف لأنه لا يمكن جسه. ولا بد في الوصف للأعمى من كون الموصوف على ما وصف له ليكون في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير؛ كذا في البدائع. والحاصل كما في المعراج أن الخيار ثابت للأعمى لجهله بصفات المبيع فإذا زال ذلك بأي وجه كان سقط خياره ولذا قال في الكامل عن محمد: يعتبر اللمس في الثياب والحنطة، وحكي أن أعمى اشترى أرضاً فقال قودوني إليها فقادوه فجعل يمس الأرض حتى انتهى إلى موضع منها فقال أموضع كدس هذا. قالوا: لا. فقال: هذه الأرض لا تصلح لأنها لا تكسو نفسها فكيف تكسوني وكان كما قال فإذا كان هذا الأعمى بهذه الصفة فرضي بها بعدما مسها سقط خياره اهـ. وقال الحسن: يوكل الأعمى وكيلاً بقبضه وهو يراه يسقط خياره. قال في الهداية؛ وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل، ولو وصف للأعمى ثم أبصر فلا خيار له لأنه قد سقط فلا يعود إلا بسبب جديد، ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار إلى الوصف وفي الصباح: جسه بيده جساً من باب قتل واجتسه ليتعرفه اهـ. وظاهر كلام المصنف أن الجس يكتفي به في الرقيق والثياب والدواب وشاة القنية وكل شيء يمكن جسه. وفي الأصل وجس الأعمى في المتاع والمنقولات مثل نظر البصير لأن التقليب والجس مما يعرف بعض أوصاف المبيع من اللين والخشونة وإن كان مما لا يعرف الجميع فيقام مقام النظر حالة العجز كما تقام الإشارة من الأخرس مقام النطق للعجز؛ كذا في المحيط. وهل يجس الموضوع الذي يراه البصير فيجس من الرقيق وجهه ومن الحيوان الوجه والكفل حتى لو مس غيرهما لا يكتفي به؟ لم أره والظاهر اشتراطه.

الأول. قوله: **(وهل يجس الموضع الخ)** قال في النهر أقول: المنقول في السراج ما لفظه: وإن كان ثوباً فلا بد من صفة طوله وعرضه ودقته مع الجس، وفي الحنطة لا بد من اللمس والصفة، وفي الأدهان لا بد من الشم، وفي العقار لا بد من وصفه. قال: وكذا الدابة والعبد والأشجار وجميع ما لا يعرف بالجس والذوق اهـ. وفي التتارخانية: وفي الثمر على رؤوس الشجر تعتبر الصفة. وبهذا بطل قوله في البحر «وهل يشترط أن يجس الموضع الذي يكتفي برؤية البصير له الخ» وذلك لأنه إذا كان يكتفي في نحو العبد والأمة بالوصف فلا معنى لاشتراط الجس اهـ. قلت: هذا ظاهر على ما نقله عن السراج أما على ما ذكره المؤلف من ظاهر كلام المصنف وصريح كلام الأصل من الاكتفاء بالجس فلاشتراطه معنى ظاهر كما لا يخفى، والظاهر أن في المسألة قولين: أحدهما ما في السراج من أنه لا بد في نحو العبد والدابة من الوصف، والثاني ما ذكره المؤلف من الاكتفاء بالجس، وكلامه مبني على هذا القول فالإيراد ساقط فتدبر. ويؤيد ما قلنا من القولين ما قدمه المؤلف من قوله وعن أبي يوسف اعتبار الوصف في غير العقار أيضاً، وما عن أئمة بلخ من أنه يمس الحيطان والأشجار، وما عن محمد من اعتباره أيضاً في الثياب والحنطة. والظاهر أن قول السراج «لا بد من الوصف»

....

قوله: **(ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله ردهما)** لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم رده، ثم لا يرده وحده كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون فسخاً من الأصل. وفي النهاية: الصفقة العقد الذي تناهى في موجبه ولذا قال عمر رضي الله تعالى عنه: البيع إما صفقه أو خيار أي إما يتناهى في اللزوم أو غير لازم بأن كان فيه خيار، وورد النهي عن تفريق الصفقة. وإنما قدم على حديث خيار الرؤية لأن حديث النهي محكم وحديث خيار الرؤية خص منه ما إذا تعيب أو أعتقه أو باعه أو لأنه محرم وذلك مبيح أو لكونه متأخراً لئلا يلزم تكرار النسخ اهـ. وتعقب الأول بأنه أيضاً مخصوص بما قبل التمام وما أجاب به العناية من أنه إنما قيد به بالقياس على ابتداء الصفقة غير دافع كما لا يخفى. وفي المصباح: الصفقة العقد وكان العرب إذا وجب البيع ضرب بيده على يد صاحبه اهـ. والأولى ما في فتح القدير من أنا عملنا بالحديثين. غاية الأمر أنا شرطنا أن يردهما جميعاً عملاً بحديث الصفقة جمعاً بينهما. والحاصل أنه ليس له رد البعض وإمساك البعض في خيار الرؤية والشرط قبل القبض وبعده لكونه تفريقاً قبل التمام لكونه مانعاً من التمام في الرؤية ومن الابتداء في الشرط، وله ذلك في خيار العيب بعد القبض لتمامها، والخيار مانع من اللزوم فقط لا قبله لكون القبض من تمامها. وأما إذا استحق البعض، فإن كان المبيع واحداً فله الخيار مطلقاً قبل القبض وبعده وإن كان متعدداً فإن كان قيمياً وقبض البعض ولم يقبض البعض فاستحق البعض له الخيار لتفرقها قبل التمام، ولو كان مثلياً فاستحق بعضه فإن كان قبل القبض خير وإلا فلا. واستفيد من كلام المؤلف أنه لو رآهما فرضي بأحدهما أنه لا يرد الآخر لما ذكرنا. والحاصل أنه إذا استحق بعض المبيع؛ فإن كان قبل قبض الكل أو البعض تخير مطلقاً متعدداً أو واحداً مثلياً أو قيمياً، وإن كان بعد قبض جميعه فلا خيار في الكل، إلا في قيمي واحد استحق بعضه فإنه يتخير. وفي خيار العيب إذا اطلع على عيب بالبعض؛ فإن كان بعد القبض رد المعيب وحده إلا في قيمتي واحد فيرد الكل وإن كان قبله يرد الكل وفي خيار الشرط والرؤية لا يرد إلا الكل قبل القبض وبعده (تنبيه) وقع في الهداية أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل

محمول على من لم يدرك بالجس، يؤيده أن في معراج الدراية بعد ما ذكر الروايات التي قدمها المؤلف قال: وفي الجملة ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتبر فحينئذ لا تختلف هذه الروايات في المعنى لأن الخيار ثابت للأعمى لجهله بصفات المبيع فإذا زال ذلك بأي وجه زال يسقط خياره اهـ. بحروفه. نعم هذا الكلام يفيد عدم اشتراط جس الموضع الذي يراه البصير خلاف ما بحثه المؤلف فليتأمل. قوله: **(ورده في المعراج الخ)** مخالف لما قدمه المؤلف من قوله «والقبض أو نقد الثمن بعد الرؤية مسقط له» اهـ. ومثله في فتح القدير وجامع الفصولين. قوله: **(ووجهه ظاهر)** قال الخير

ثم رأى الآخر فله ردهما ولا يورث كخيار الشرط ومن اشترى ما رأى خير إن تغير وإلا لا وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه وللمشتري لو في الرؤية ولو اشترى عدلاً وباع

القبض وبعده فحمله بعض الشارحين على ما إذا قبضه مستوراً، أما إذا قبضه مكشوفاً بطل خياره. ورده في المعراج بأن الخيار يبقى إلى أن يوجد ما يطلبه وأقره في البناية عليه.

قوله: **(ولا يورث كخيار الشرط)** لأنه ثابت بالنص للعاقد وهو ليس بعاقد ولأنه وصف فلا يجري فيه الإرث كما قدمناه بخلاف خيار العيب والتعيين وقد أسلفناه قوله: **(ومن اشترى ما رأى خير إن تغير وإلا لا)** أي إن لم يتغير لا يخير لأن العلم بالأوصاف حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار، وإن وجده متغيراً فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره. وأطلق قوله «وإلا لا» وهو مقيد بشيئين: الأول أن يعلم أنه مرئية وقت الشراء فلو يعلم به له الخيار ولعدم الرضا به كما في الهداية. الثاني أن تكون الرؤية السابقة لقصد الشراء فلو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار كما في الظهيرية معبراً عنه بـ«قيل» ووجهه ظاهر لأنه إذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم تقع معرفة. وفيها لو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين فله الخيار لأنه ربما يكون الأردأ بأكثر الثمنين وهو لا يعلم، ولو رأى ثياباً فرفع البائع بعضها ثم اشترى الباقي ولا يعرف الباقي فله الخيار اهـ. وفي المحيط: ولو سمى لكل واحد عشرة فلا خيار له لأن الثمن لما لم يختلف استويا في الأوصاف. ولو قال المصنف «ومن اشترى ما رأى فلا خيار له إلا إذا تغير» لكان أولى لأن الأصل فيما رآه عدم الخيار ولذا لو اختلفا فالقول للبائع. وفي الظهيرية: لو اشترى جارية لم يرها فجاء بها البائع متنقبة لا يعرفها المشتري فقبضها فهو قبض، وكذا لو اشترى خفافاً لبسه البائع إياه وهو نائم فقام ومشى وهو لا يعلم فهو قبض وله الخيار في المسألتين إذا لم ينقصه المشي اهـ. قوله: **(وإن اختلفا في الغير فالقول قول البائع مع يمينه)** لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر. أطلقة وهو مقيد بما إذا اقتربت المدة لأن الظاهر شاهد له، أما إذا بعدت المدة فالقول للمشتري لأن الظاهر شاهد له. وفي المبسوط: فإن بعدت المدة بأن رأى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير فالقول للمشتري وبه يفتي الصدر الشهيد والإمام ظهير الدين المرغيناني؛ كذا في الذخيرة. ولم يرد التحديد في تغير كل مبيع ففي الظهيرية: ولو رأى شيئاً ثم اشتراه فلا خيار له إلا أن تطول والشهر طويل وما دونه قليل، ولو تغير فله الخيار بكل حال ولا يصدق في دعوى التغير إلا بحجة إلا إذا طالت المدة اهـ. وفي فتح القدير: جعل الشهر قليلاً قوله: **(وللمشتري لو في الرؤية)** أي القول للمشتري مع يمينه لو قال البائع له رأيت قبل الشراء

الرملي في حاشية المنح: هو خلاف الظاهر من الرواية وقد ذكره في جامع الفصولين أيضاً بصيغة «قيل» وهي صيغة التمريض.

منه ثوباً أو وهب رد بعيب لا بخيار رؤية أو شرط.

وقال المشتري ما رأيت أو قال رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية، ولذا أطلق في الكتاب لأن البائع يدعي أمراً عارضاً هو العلم بالصفة والمشتري ينكره فالقول له. وما في فتح القديره من أنه ينبغي أن يكون القول للبائع لأن الغالب في البياعات في الأسواق كون المشترين رأوا المبيع، فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لأن الغالب هو الظاهر. والمذهب أن القول لمن تمسك بالظاهر لا بالأصل إلا أن يعارضه ظاهر آخر اهـ. مدفوع بما ذكرناه في قاعدة أن الأصل العدم فراجعها إن شئت. وفي المحيط: لو أراد المشتري أن يرده فأنكر البائع كون المردود مبيعاً فالقول للمشتري، وكذلك في خيار الشرط لأنه انفسخ العقد برده وبقي ملك البائع في يده فيكون القول قول القابض في تعيين ملكه أميناً كان أو ضميناً كالمودع والغاصب. فلو اختلفا في الرد بالعيب فالقول للبائع لأن العقد لا ينفسخ بفسخ المشتري حتى يلزمه القاضي فبقي المشتري مدعياً حق الفسخ والبائع ينكر فيكون القول له اهـ. وهذا ما كتبناه في الفوائد أن القول للقابض، إلا في هذه المسألة. وفي الظهيرية في مسألة الإختلاف في التعيين في خيار الشرط للمشتري وكانت السلعة غير مقبوضة فأراد المشتري إجازة العقد في عين في يد البائع فقال البائع ما بعتك هذا وقال المشتري بل بعتني هذا لم يذكر محمد هذه الصورة في شيء من الكتب وقالوا: ينبغي أن يكون القول قول البائع كما لو أدعى بيع هذه العين وأنكر البائع البيع أصلاً، وأما إذا كان الخيار للبائع والعين غير مقبوضة فأراد البائع الزام البيع في عين وقال المشتري ما اشتريت هذا ذكر أن القول للمشتري اهـ. والحاصل أن الخلاف إن كان في التعيين مع خيار الشرط والسلعة مقبوضة فالقول للمشتري سواء كان الخيار له أو للبائع، وإن لم تكن مقبوضة فإن كان الخيار للمشتري فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشتري، وإذا اختلفا في اشتراط الخيار فالقول لمنكره عندهما، وعنده لمدعيه كما في المجمع لأن منكره يدعي لزوم العقد ومدعيه ينكر اللزوم فالقول له وتمامه في شرح المجمع. وفي القنية: إختلفا في شرط الخيار وأقاما البينة فبينة مدعي الخيار أولى وفي البزازية: أقر بقبض المشتري ثم قال لم أر كله لا يصدق اهـ.

قوله: **(ولو اشترى عدلاً وباع منه ثوباً أو وهب رد بعيب لا بخيار رؤية أو شرط)** لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض. وترك المصنف قيد

قوله: **(أما قبله فالكل سواء)** أي خيار العيب والرؤية والشرط.

....

التسليم في الهبة ولا به منه لا يخرج عن ملكه بها إلا معه ولذا قيدها به في الهداية. والمفعول في كلامه «مقدر» أي رد ما بقي والمسألة موضوعة فيما إذا كان بعد القبض كما قيده به في الجامع الصغير وإلا لم يصح بيع الثوب قبل قبضة؛ كذا في العناية. أما قبله فالكل سواء لا تتم الصفقة معه. نعم يقع بين القبض وعدمه فيما إذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم اطلع على عيب بأحدهما فإنه لا يرد المغيب وحده بخلاف ما إذا كان بعد قبضهما، فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية؛ كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي. وعن أبي يوسف: لا يعود بعد سقوطه لخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري؛ كذا في الهداية بخلاف ما إذا وهب عبده المدين ممن له الدين أو عبده الجاني من ولي الجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. والعذر لأبي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منها؛ كذا في الشرح. والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أي يعادلها وفيها أثواب. وفي فتح القدير: ما اعتمده القدوري صححه فاضيخان وحقيقة الملحظ تختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعاً زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطاً، وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اهـ. والأوجه عندي ما ذكره شمس الأئمة السرخسي. وقوله «لأن نفس هذا التصرف إلى أخره» ممنوع وإنما يدل لو تصرف في جميع المبيع. وإنما الكلام هنا فيما إذا تصرف في البعض فحينئذ لو رد الباقي فقط لزم تفرق الصفقة فكان لزوم تفوقها مانعاً من رد الباقي فإذا زال عمل المقتضي عمله وكأنه اختلط عليه بما إذا باع المبيع كله وسقط خياره ثم رد عليه بما هو فسخ فإنه لا يعود خياره كما قدمناه لكن لم يذكروا فيها خلافاً والله تعالى أعلم.

قوله: **(نعم يقع الفرق الخ)** لم يظهر فرق فيما ذكره لأن المراد إظهاره قبل القبض ولا رد له فيه تأمل. قوله: **(وكأنه اختلط عليه)** أي على صاحب الفتح. قال في النهر وأقول: هذا تهجم على مقام هذا الإمام مع عدم التدبر في الكلام، وذلك أن جزمهم بعدم عود الخيار فيما إذا باع كله ثم عاد إليه بما هو فسخ من غير ذكر خلاف دليل بين لما اختاره القدوري إذ لو كانت العلة المؤثرة وجود المانع للزم إذا زال أن يعود لكنه لا يعود لأنه سقط وشأن الساقط أن لا يعود، ودعوى أن بيع الكل مسقط وبيع البعض مانع تحكم ظاهر وهذا معنى قوله «لأن نفس هذا التصرف الخ». فإن قلت: لو كان كذلك لما احتيج إلى التعليل بأن في الرد تفريق الصفقة قلت: لا مانع من أن يعلل الحكم بعلتين: الرضا بالبيع ولزوم تفريق الصفقة غير أنه ما دام خارجاً عن ملكه فالتعليل به أظهر فلهذا المعنى فتدبر.

باب خيار العيب

من وجد بالمبيع عيباً أخذه بكل الثمن أو رده وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات. والإضافة في خيار العيب إضافة الشيء إلى سببه، وأما العيب فهو في اللغة يقال عاب المتاع عيباً من باب سار فهو عائب وعابه صاحبه فهو معيب يتعدى ولا يتعدى. والفاعل من هذا عائب وعياب مبالغة، والاسم العاب والمعاب. وعيبه بالتشديد نسبه إلى العيب واستعمل العيب اسماً وجمع على عيوب؛ كذا في المصباح. وفسره في فتح القدير بما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة. وأما في الشريعة فما سيذكره المصنف من أنه ما أوجب نقصان الثمن عند التجار (تنبيه): كتمان عيب السلعة حرام. وفي البزازية وفي الفتاوى: إذا باع سلعة معيبة عليه البيان وإن لم يبين قال بعض مشايخنا: يفسق وترد شهادته. قال الصدر: ولا تأخذ به اهـ. وقيده في الخلاصة بأن يعلم به. وفي الظهيرية وفي الحديث:

باب خيار العيب

قوله: **(وفسره في فتح القدير الخ)** قال الرملي أقول: فسره بذلك كثير.

فائدة: سئل بعض الشافعية ـ أقول وهو ابن حجر الهيتمي وهي في فتاواه ـ عن رجل عجان خباز يعجن الخبز للبيع ويبيعه على الناس وهو أبرص أجذم ذو حكة وسوداء، فهل يجوز له أن يباشر الخبز المذكور وهو بتلك الصفات أم لا؟ فأجاب بقوله: لا يجوز بيع ما باشر نحو عجنه إلا أن يبين للمشتري حقيقة الحال لأن المشتري لو اطلع على ذلك لم يشتره منه في الغالب وكل ما كان كذلك يكون كتمه من الغش المحرم وقد قال ﷺ «من غش أمتي فليس مني»[1] وقد نقل غير واحد من الأئمة أنه يجب على السلطان أو نائبه أن يخرج من به نحو جذام أو برص من بين أظهر الناس ويفرد لهم محلاً خارج البلد وينفق على فقرائهم من بيت المال اهـ. وقواعدنا لا تأباه. وضابط الغش المحرم أن يشتمل المبيع على وصف نقص لو علم به المشتري امتنع عن شرائه فكل ما كان كذلك يكون غشاً، وكل ما لا يكون كذلك لا يكون غشاً محرماً؛ ذكره في الفتاوى المذكورة ولا مانع منه عندنا تأمل اهـ. قوله: **(قال الصدر لا نأخذ به)** قال في النهر: أي لا نأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لأنه صغيرة، ولا فرق في ذلك بين المبيع والثمن إلا في مسألتين: الأولى المسلم في دار الحرب إذا اشترى شيئاً ودفع الثمن عروضاً مغشوشة أو دراهم زيوفاً جاز إن كان حراً لا عبداً؛ كذا في الولوالجية.

---

(١) رواه مسلم في كتاب الإيمان حديث ١٦٤. أبو داود في كتاب البيوع باب ٥٠. الترمذي في كتاب البيوع باب ٧٢. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٣٦. أحمد في مسنده (٢/ ٥٠، ٢٤٢، ٤١٧) بلفظ «من غش فليس منا».

. . . .

اشترى عداء بن خالد بن هوذة ـ بالذال المعجمة وفتح الهاء وسكون الواو ـ من رسول الله ﷺ عبداً لا داء فيه ولا غائلة ولا خبثة وهذه الرواية هي الصحيحة؛ كذا ذكره الطحاوي في شرح مشكل الآثار بإسناده إلى عبد المجيد. قال العداء بن خالد: ألا أقرئك كتاباً كتبه لي رسول الله ﷺ؟ قلت: بلى فأخرج إلي كتاباً فإذا فيه بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اشترى العداء من محمد رسول الله الخ. وهذا تبين أن المشتري كان العداء لا محمد رسول الله. وفي عامة كتب الفقه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء لكن الصحيح ما قلنا اهـ. قوله: **(من وجد بالمبيع عيباً أخذه بكل الثمن أو رده)** لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به. دل كلامه أنه ليس له إمساكه وأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره. أطلقه فشمل ما إذا كان به عند البيع أو حدث بعده في يد البائع وما إذا كان فاحشاً أو يسيراً؛ كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد يرد بفاحش العيب لا بيسيره وفي غيرها يرد بهما والفاحش في المهر ما يخرجه من الجيد إلى الوسط ومن الوسط إلى الرديء، وإنما لا يرد في المهر بيسيره إذا لم يكن كيلياً أو وزنياً وأما هما فيرد بيسيره أيضاً اهـ. ولم يتكلم الشارحون على ما إذا رد البعض هل له أن يعطي مثله سليماً؟ قال في القنية وفي الذخيرة: اشترى مناً من الفانيد فوجد واحدة أو اثنتين منها أسود فأبدله البائع أبيض بغير وزن جاز، وفي الثلاث لا يجوز لأنها تدخل تحت الوزن ولذا لو اشترى الخبز ووجد خبزاً واحداً محترقاً فأبدله الخباز لم يجز إلا بالوزن لأنه مما يدخل تحت الوزن، فإن خمسة أساتير وعشرة وزن حجر فلا تجوز فيه المجاذفة. قال رضي الله تعالى عنه: وعرف به كثير من المسائل وهو أن استبدال شيء بمثله في الرد بالعيب إنما يجوز مجازفة إذا لم يكن لذلك المقدار من ذلك الجنس حجر يوزن به، وإن كان له من جنس آخر حجر فلا ألا ترى أنه جعل الثلاثة من الفانيد موزونة وإن لم يكن ذلك القدر من الخبز موزوناً اهـ. ولا بد للمسألة من قيود: الأول أن يكون العيب عند البائع. الثاني أن لا يعلم به المشتري عند

الثانية يجوز إعطاء الزيوف والناقص في الجبايات اهـ. وأقول: قوله «إذا اشترى شيئاً» صوابه أسيراً بدل قول «شيئاً» كما رأيته في الولواجية. وعلل الفرق بين الحر والعبد بأن شراء الأحرار ليس بشراء ليجب إعطاء المسمى. قوله: **(هذا ما اشترى)** قال الرملي: في نسخة «ما اشتراه». قوله: **(فاحشاً أو يسيراً الخ)** في البزازية: اشترى كرماً فبان أن شربه من ناوق على ظهر نهر له الرد لأنه عيب فاحش والعيب اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، وتفسيره أن يقوم سليماً بألف ومع العيب بأقل وقومه آخر مع العيب بألف أيضاً والفاحش ما لو قوم سليماً بألف وكل قوموه مع العيب بأقل. قوله: **(على**

....

البيع. الثالث أن لا يعلم به عند القبض وهي في الهداية. الرابع أن لا يتمكن من إزالته بلا مشقة فإن تمكن فلا كإحرام الجارية فإنه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب، وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص؛ كذا في فتح القدير. ولا حاجة إلى قوله «ينبغي» مع التصريح. قال في الولوالجية: اشترى ثوباً فوجد فيه دماً إن كان إذا غسله من الدم ينقص الثوب كان عيباً لوجود حده وإلا لا يكون عيباً اهـ. ولو اشترى جبة فوجد فيها فأرة ميتة فهو عيب لوجود حده فإن لبسها حتى نقصها رجع بنقصان العيب لتعذر الرد اهـ. وقيدها في البزازية بأن يضرها الفتق فإن ضرها يردها وإن لم يضرها اهـ. الخامس أن لا يشترط البراءة منه خصوصاً أو من العيوب عموماً وسيأتي آخر الباب. السادس أن لا يزول قبل الفسخ فإن زال ليس له الرد مثل بياض العين إذا انجلى والحمى إذا زالت؛ كذا في السراج الوهاج. ويستثنى من إطلاقهم مسائل ذكرناها في الفوائد: الأولى بيع صيد بين حلالين ثم أحرما أو أحدهما فوجد به عيباً امتنع رده، وإنما يرجع بالنقصان كما صرحوا به في جنايات الإحرام. الثانية قال في البغية والقنية: لو كان في الدار باب في الطريق الأعظم وبابه في سكة غير نافذة أقام أهلها بينة أنهم أعاروا البائع هذا الطريق فأمر القاضي بسده يخير المشتري إن شاء رده وإن شاء رجع بنقصان ذلك الطريق والتخيير هنا بخلاف سائر العيوب اهـ. الثالثة اشترى الذمي خمراً وقبضها وبه ثم أسلم سقط خيار الرد؛ كذا في مهر فتح القدير. الرابعة اشترى كفناً للميت ووجد به عيباً لا يرد ولا يرجع بالنقصان إن تبرع به أجنبي ولو وارثاً رجع بالنقص إن كان من التركة اهـ. الخامسة اشترى من عبده المأذون المديون المستغرق فوجد به عيباً لا يرده عليه ولا على بائعه إن كان الثمن منقوداً وإن لم ينقده المولى وقبض المبيع أولاً ووجد به عيباً يرده إن كان الثمن من النقود أو كيلياً أو وزنياً بغير عينه لأنه يدفع بالرد مطالبة المأذون من نفسه وإن كان عرضاً لا يمكن الرد. وفي المحيط: لو اشترى المولى من مكاتبه فوجد به عيباً لا يرده ولا يرجع ولا يخاصم بائعه لكونه عبده اهـ. السادسة باع نفس العبد من العبد بجارية ثم وجد بها عيباً رد الجارية وأخذ من العبد قيمة نفسه عندهما، وعند محمد يرجع بقيمة الجارية. السابعة باع الوارث من مورثه فمات المشتري وورثه البائع ووجد به عيباً رد إلى الوارث الآخر إن كان وإن لم يكن له سواه لا يرد ولا يرجع بالنقصان، وكذا إذا اشترى لنفسه من ابنه الصغير شيئاً وقبضه وأشهد ثم وجد به عيباً يرفع الأمر إلى القاضي

ما إذا رد البعض) قال الرملي: في نسخة «الرديء». قوله: **(الثالث أن لا يعلم به عند القبض)** قال في الشرنبلالية: يقتضي أن مجرد الرؤية رضا، ويخالفه قول الزيلعي: ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب اهـ. وكذا ما في شرح المجمع ولم يرض به بعد رؤيته. قوله: **(وكذا خيار الشرط)** أقول: تقدم في بابه عند ذكر ثمرة الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في دخول المبيع في

....

حتى ينصب عن ابنه خصماً يرده عليه ثم يرد الأب لابنه على بائعه، وكذا لو باع الأب من ابنه، وكذا لو باع من وارثه فورثه المشتري ووجد به عيباً يرفع الأمر إلى القاضي فينصب خصماً فيرده المشتري إليه ويرده القيم إلى الوارث نقده الثمن أو لا في الصحيح. الثامنة اشترى العبد المأذون شيئاً وأبرأه البائع عن الثمن لا يرده بالعيب وأن المشتري حراً لو بعد القبض فكذلك، وإن قبله فله الرد لأنه امتناع عن القبول، وكذا خيار الشرط. التاسعة لو اصطلحا على أن يدفع البائع شيئاً والمبيع للمشتري جاز بخلاف ما لو اصطلحا على أن يدفع المشتري شيئاً والجارية للبائع لا لأنه ربا. والمسائل المذكورة من الرابعة إلى الثامنة في البزازية. العاشرة اشترى إناء فضة مشاراً إليها فوجده رديئاً ليس له الرد إلا إذا كان به كسر أو غش، وكذا إذا اشترى جارية فوجدها سوداء تام الخلقة ليس له الرد لأن القبح في الجواري ليس بعيب. الحادي عشر قال في المحيط: وصي أو وكيل أو عبد مأذون اشترى شيئاً بألف وقيمته ثلاثة آلاف درهم فليس له أن يرده بالعيب لما فيه من الإضرار باليتيم والموكل والمولى، ولو كان في خيار الشرط والرؤية فله الرد لعدم تمام الصفقة اهـ.

قوله: **(تنبيهات مهمة)**: الأولى وجد بالمبيع الذي له حمل ومؤنة عيباً ورده فمؤنة الرد على المشتري. الثاني اشترى عبداً وتقابضا وضمن رجل له عيوبه فاطلع على عيب ورده لا ضمان عليه على قياس قول الإمام لأنه باطل كضمان العهدة، ولو ضمن له ضمان السرقة أو الحرية فوجده مسروقاً أو حراً أو الجنون أو العمى فوجده كذلك رجع على الضامن بالثمن، ولو مات عنده وقضى بالنقص رجع به على ضامن الثمن، ولو ضمن له حصة ما يجده فيه من العيب جاز عند الإمامين إن رد رجع بالثمن كله، وإن تعيب عنده رجع بحصة العيب على الضامن كما يرجع على البائع، وإن ضمن ما لحقه من الثمن من عهده هذا البيع كان كذلك عند الإمام إن استحق رجع بالثمن. الثالث ادعى عليه عيباً في المبيع فاصطلحا على أن يبذل البائع للمشتري مالاً ثم بان أنه لا عيب أو كان لكنه بريء استرد بدل الصلح اهـ.

ملك المشتري وعدمه فيما لو كان الخيار له فذكر من جملة المسائل لو كان المشتري عبداً مأذوناً فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه. وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله اهـ. فتأمل. قوله: **(الحادي عشر)** قال في المحيط: وقع في بعض النسخ التعبير عنها بالعاشرة فذكر العاشرة مرتين، وبعد هذه العاشرة وقد ذكر الحادية عشر والثانية عشر إلى الخامسة عشر الآتية في التنبيهات. وظاهر كلام الرملي أن نسخته كذلك وهي غلط من الكاتب لأن الكلام في المسائل المستثناة من إطلاقهم التخيير بين أخذ المعيب بكل الثمن أو رده والمسائل الخمس الآتية ليست من ذلك مع ما في ذكر العاشر مرتين كما علمته، فالصواب ذكرها بعد العاشر من التنبيهات المهمة كما في هذه النسخة الموافقة لأغلب النسخ

....

الرابع اطلع على عيب بالغلام أو الدابة فلم يجد المالك فأطعمه وأمسكه ولم يتصرف فيه بما يدل على الرضا يرده لو حضر ويرجع بالنقصان إن هلك. وفي الحاوي القدسي: إنه إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا وهو غريب، والمعتمد أنه على التراخي. الخامس اطلع على عيب فأعلم القاضي وبرهن على الشراء والعيب فوضعها القاضي عند عدل وماتت عنده ثم حضر البائع؛ إن كان لم يقض بالرد على الغائب لم يرجع عليه بالثمن، وإن كان قضى رجع لأن للقضاء نفاذاً في الأظهر عن أصحابنا. وفي السير: اشترى دابة في دار الإسلام وخرج عليها غازياً واطلع على عيب بغيبة البائع لا يركبها وإن في دار الحرب لأنه رضا وإن أمره الإمام لكن إذا قضى بأن الركوب ليس برضا نفذ وأمضاه القاضي الثاني. السادس خاصم البائع في العيب ثم ترك الخصومة زمناً وزعم أن الترك كان لينظر هل هو عيب أم لا له الرد. السابع أقر المشتري بعدما اطلع على عيب أو قبله أن المبيع كان لفلان غير البائع وكذبه فلان له الرد على البائع، وتمام مسائل الإقرار للغير بالمبيع مذكورة في الولوالجية. الثامن عثر على عيب فقال للبائع إن لم أرد إليك اليوم رضيت به قال محمد: القول باطل وله الرد. التاسع قال البائع ركبتها بعد العثور على العيب في حاجتك وقال المشتري بل ركبتها لأردها عليك فالقول قول المشتري.

العاشر اطلع على عيب قبل القبض فقال المشتري للبائع رددته عليك بطل البيع قبل البائع أولاً، والكل من البزازية. وفي السراج الوهاج: وإن قال ذلك بعد القبض لم يكن ذلك رداً ما لم يقل البائع قبلت أو رضيت ثم إذا رده برضا البائع كان فسخاً في حقهما بيعاً في حق غيرهما اهـ. وإن رده بحكم فهو فسخ عام. وكذا كل عقد ينفسخ، بالرد ويكون المردود مضموناً بما يقابله؛ كذا في جامع الفصولين. وفي القنية: اشترى حماراً ووجد به عيباً قديماً فأراد الرد فصولح بينهما بدينار وأخذه ثم وجد به عيباً قديماً آخر فله رده مع الدينار. ثم رقم لآخر أنه يرجع بنقصان العيب وعنه أنه يرده اهـ. الحادي عشر باع بعيراً فوجده المشتري معيباً فرده فقال له البائع اذهب فتعهده إلى عشرة أيام فإن برئ فلك البعير، وإن هلك فمن مالي لا يكون رداً؛ كذا في القنية. الثاني عشر المشتري إذا رد المبيع بالعيب فإنه يرجع بالثمن على بائعه إلا في مسألة في القنية: باع عبداً وسلمه ثم وكل وكيلاً بقبض الثمن

في كون المسائل المستثناة عشرة والتنبيهات خمسة عشر لا بالعكس، نعم كان ينبغي ذكر التنبيه الخامس عشر المنقول عن الصغرى مع المسائل المستثناة فإنه منها، وسنذكر عن الرملي استثناء مسألة أخرى فتكون اثني عشر مسألة تأمل.

قوله: **(لأن للقضاء نفاذاً في الأظهر عن أصحابنا)** تقدم الكلام في القضاء على الغائب في كتاب المفقود يأتي في القضاء. قوله: **(وفي السراج الوهاج وإن قال ذلك بعد القبض الخ)** قال الرملي

....

فأقر الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد البائع الموكل برئ المشتري ولا ضمان على الوكيل، فإن وجد المشتري به عيباً رده ولا يرجع بالثمن على البائع لإقرار الوكيل ولا على الوكيل لكونه أميناً وليس بعاقد. والثانية في الفوائد. الثالث عشر قال البائع بعته لك معيباً بهذا العيب وقال المشتري اشتريته سليماً فالقول للمشتري ثم رقم أنه ينبغي أن يحكم الثمن يعني إن كان الثمن يسيراً فالقول للبائع وإلا فللمشتري اهـ. الرابع عشر اشترى حماراً بثلاثة دنانير ذهب ثم أعطاه عوضها دراهم ثم رده بعد شهر بعيب وقد انتقص سعر الدراهم فله أن يطلب من البائع عين الذهب، وبمثله أجاب في الإقالة إلا إذا دفع مكان الذهب حنطة، وهي وما قبلها في القنية. الخامس عشر الموصى له لا يملك الرد بالعيب إلا إذا لم يكن وراث؛ كذا في الصغرى قوله: **(وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب)** لأن المقصود نقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات؛ كذا في فتح القدير. فلا يقتصر الحكم على التجار. أطلقه فشمل ما إذا كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر إليها كالظفر الأسود الصحيح القوي على العمل، وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك كما في فتح القدير. وقيد في المعراج الظفر الأسود لكونه عيباً بالأتراك أما في الحبش فلا. وقيد في البزازية عدم معرفة اللسان بأن يعده أهل الخبرة عيباً وقال القاضي في المولد لا يكون عيباً. والتجار بضم التاء مع التشديد جمع تاجر وبكسرها مع التخفيف ولا يكاد يوجد تاء بعدها جيم؛ كذا في

أقول: عبارة جامع الفصولين ولو رده بعد قبضه لا ينفسخ إلا برضا البائع أو بحكم اهـ. فقوله «إلا برضا البائع» يدل على أنه لو وجد الرضا بالفعل كتسلمه من المشتري حين طلبه الرد ينفسخ البيع وقدم في بيع التعاطي لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضي فهي بيع بالتعاطي كما في فتح القدير. وفيه أيضاً أن المعنى يقوم مقام اللفظ في البيع ونحوه، ومن المقرر عندهم أن الرضا يثبت تارة بالقول وتارة بغيره. قوله: **(باع بعيراً الخ)** قال الرملي: يكثر في بلادنا أن المشتري إذا اطلع على عيب أو ظهر غبنه في الدابة يأتي بالمبيع إلى بائعه ويدخله إلى منزله ويقول دونك دابتك لا أريدها ويرجع فتهلك، ولا شك أنها تهلك على المشتري لأن هذا ليس رداً ولو تعهدها البائع حيث لم يوجد بينهما فسخ للبيع قولاً أو فعلاً صريحاً أو دلالة. قوله: **(الخامس عشر الموصى له لا يملك الرد بالعيب إلا إذا لم يكن وارث)** في بعض النسخ وارثاً بالنصب تأمل. قال الرملي: وقد نقل بعضهم عن التتارخانية أن القاضي لو باع مال الصغير من رجل وسلمه إلى المشتري ثم وجد المشتري عيباً فليس له أن يخاصم القاضي في الرد بالعيب، وكذلك إذا باع بعض أمناء القاضي مال الصغير لا سبيل للمشتري في الخصومة في الرد على البائع فإنه نائب عن القاضي وحكمه حكم المنوب اهـ. فهذا مما استثني أيضاً ولم يذكره هذا الشارح فتأمله اهـ. وهذه المسألة التي

عيب كالإباق والبول في الفراش من العيوب والسرقة من العيوب في العبد والجارية والجنون

المصباح. والضابط عند الشافعية أنه يرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو نقصان يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. قالوا: وإنما شرطنا فوات غرض صحيح لأنه لو بان فوات تقطعة يسيرة من فخذه أو ساقه لا رد، ولو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ردها وإلا فلا. وشرطنا الغالب لأنه لا ترد الأمة إذا كانت ثيباً مع أن الثيابة معنى ينقص القيمة لكن ليس الغالب عدم الثيابة؛ كذا في شرح وجيزهم كما في المعراج وقواعدنا لا تأباه للمتأمل. وفي خزانة الفقه: العيب ما نقص العين أو المنفعة وإلا فإن أعده التجار عيباً كان عيباً وإلا فلا، وهو أحسن مما في الكتاب، وذكرها في التلخيص من باب الإقرار بالعيب من البيوع، وحاصلها أنه أربع لا يرده في مسألتين وتمامه في شرحه للفارسي قوله: **(كالإباق)** من أبق العبد أبقاً من باب تعب وقتل في لغة، والأكثر من باب ضرب إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كد. والإباق ـ بالكسر ـ اسم منه فهو آبق والجمع إباق مثل كافر وكفار؛ كذا في المصباح. وفي الجوهرة من بابه قال الثعالبي: الآبق الهارب من غير ظلم السيد فإن هرب من الظلم لا يسمى آبقاً بل يسمى هارباً فعلى هذا الإباق عيب والهروب ليس بعيب اهـ. وفي خزانة الفقة: الإباق الاستخفاء عن مولاه تمرداً. وفي القاموس إنه من باب ضرب ومنع وسمع اهـ. فعلى هذا له أبواب أربعة: الثلاثة وقتل كما في المصباح فسره في القاموس بالذهاب من غير خوف ولا كد عمله أو استخفى ثم ذهب. أطلقه فشمل ما إذا أبق من المولى أو من غيره مستأجراً أو مستعيراً أو مودعاً إلا من غاصب إلى المولى أو غيره إن لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع إليه، ويرد على إطلاقهم ما إذا أبق من المشتري إلى البائع ولم يختف عنده فإنه ليس بعيب كما في القنية. وشمل ما إذا كان مسيرة سفر أو أقل وما إذا خرج من البلد أو لم يخرج لكن الأشبه أن البلدة إذا كانت

وعدنا بها وحقها أن تكتب هنا لكنه كتبها هنا ولم يذكر هل له الرد على الصغير إذا كبر فراجعه. قوله: **(وذلك بانتقاص القيمة)** يفيد أن المراد بالثمن القيمة يدل عليه ما نقله عن المحيط قبيل التنبيهات في المسألة الحادية عشر. قوله: **(وكما في جارية تركية لا تعرف التركية)** أي فله الرد لأن ذلك عيب، وإذا اشترى جارية هندية فوجدها لا تحسن الهندية إذا كان الناس يعدونه عيباً فله الرد وإلا فلا؛ كذا في النهر عن المحيط. وسوى بينهما في البزازية فقال: اشترى تركية أو هندية لا تحسنها إن عده أهل الخبرة عيباً فكذلك وإلا لا. قوله: **(وقيد في المعراج الظفر الأسود الخ)** قال في النهر: والظاهر إطلاق ما في الفتح. قوله: **(وهو أحسن مما في الكتاب)** قال في النهر: وكان وجهه أن نقصان الثمن بسبب نقص العين أو المنفعة مما يعرفه كل أحد لا أنه مقيد بالتجار كما يوهمه كلام المصنف. قوله: **(ويرد على إطلاقهم ما إذا أبق الخ)** قال في النهر: يمكن أن يجاب عنه بأن الكلام في الإباق الذي يوجب نقص الثمن عند التجار ليصح كونه جزئياً من هذا الكلي وهذا لا يوجبه.

....

كبيرة كالقاهرة فهو عيب، وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيباً كما ذكره الشارح. وشمل الصغير والكبير لكن إذا كان غير مميز لا يكون عيباً والعذر له أنه يسمى ضالاً لا آبقاً كما في السراج الوهاج، فلذا لم يقيده وسيأتي أنه لا بد من المعاودة عند المشتري واتحاد السبب. وفي البزازية: قال لآخر اشتره لا عيب فيه فاشتراه ثم وجد به عيباً له أن يرده على بائعه، ولو قال اشتر هذا العبد فإنه غير آبق والمسألة بحالها لا يرد بعيب الإباق. وفي الصغرى: قول المشتري ليس به عيب لا يكون إقراراً بانتفاء العيوب، ولو عين فقال ليس بآبق لا يكون إقراراً بانتفائه. شهدا أنه باعه بشرط البراءة من كل عيب أو من الإباق ثم اشتراه الشاهد ووجد به عيباً أو قال إنه آبق له الرد. عبدي هذا آبق فاشتراه وباع من آخر فوجده الثاني آبقاً وأراد الرد بإقرار بائعه لا يقبل، وإن قال عند البيع بعته على أنه آبق أو على أنه بريء من إباقه يرده ولو قال إنه بريء من الإباق لا لعدم الإضافة اهـ. وفي جامع الفصولين: ولو شراه وأبق من عنده وكان أبق عند البائع لا يرجع بنقصان ما دام القن حياً آبقاً عند أبي حنيفة، وكذا لو سرق المبيع فعلم بعيبه لا يرجع بنقصه ليس للمشتري أن يطلب البائع بثمنه قبل عود الآبق اهـ. وفي الصغرى قبل عوده أو موته. وشمل إطلاقه أيضاً إباق الثور ولكن فيه ثلاثة أقوال في القنية قيل: إذا أبق الثور من قرية المشتري إلى قرية البائع لا يكون عيباً، وقيل في الغلام عيب، وقيل في الثور عيب كخلع الرسن عيب فهذا أولى، وقيل إن دام فعيب أما المرتان والثلاثة فلا. قال رحمه الله تعالى: والثاني أحسن. وفيها أيضاً: اشترى عبداً فأبق ثم وجده ولم يأبق عند بائعه بل أبق عند بائع بائعه ثم فله الرد اهـ. قوله: **(والبول في الفراش من العيوب)** أطلقه فشمل الكبير والصغير ويستثنى منه غير المميز فإنه لا يكون عيباً ولا بد من معاودته عند المشتري في حالة واحدة، فإن بال في الصغر عند البائع ثم بعد البلوغ عند المشتري لا يرده لأنه في الصغر لضعف المثانة، وبعد البلوغ لداء في باطنه فهو عيب حادث بخلاف ما إذا بال عندهما في الصغر أو في الكبر لاتحاد السبب. وفي الفوائد الظهرية هنا مسألة عجيبة هي أن من اشترى عبداً صغيراً فوجده يبول في الفراش كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر عند المشتري كان له أن يرجع بنقصان العيب، فإذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ؟ لا رواية فيها قال: وكان والدي يقول: ينبغي أن يسترد استدلالاً بمسألتين: إحداهما إذا اشترى جارية فوجدها ذات

قوله: **(قال لآخر اشتره لا عيب فيه فاشتراه الخ)** أي القائل لآخر اشتره كما يعلم من كلام الفتاوى الصغرى الآتي. قوله: **(ولو عين فقال ليس بآبق لا يكون إقراراً)** كذا فيما رأينا من النسخ، والظاهر أن لفظة «لا» النافية زائدة من النساخ فالصواب إسقاطها كما رأيته في البزازية، وكذا سيذكره المؤلف آخر الباب. قوله: **(أو قال أنه آبق له الرد)** الذي رأيته في البزازية ليس له الرد. قوله: **(فشاورته في**

....

زوج كان له أن يردها ولو تعيبت بعيب آخر يرجع بالنقصان فإذا رجع ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان.

الثانية اشترى عبداً فوجده مريضاً له الرد فإذا تعيب بعيب آخر رجع بنقصان العيب، فإذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد وإلا استرد، والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي أن يسترد؛ كذا في المعراج والنهاية. وفي فتاوى قاضيخان: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا: إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك. وفيها أيضاً: اشترى عبداً فقبضه وحم عنده وكان يحم عند البائع. قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: المسألة محفوظة عن أصحابنا أنه إن حم في الوقت الذي كان يحم عند البائع كان له أن يرده أو في غيره فلا قبل له، فلو اشترى أرضاً فنزت عند المشتري وقد كانت تنز عند البائع كان له أن يرد لأن سبب النز واحد وهو تسفل الأرض وقرب الماء إلا أن يجيء ماء غالب أو كان المشتري رفع من ترابها فيكون النز غير ذلك أو يشتبه فلا يدري أنه عينه أو غيره. قال القاضي الإمام: يشكل ما في الزيادات اشترى جارية بيضاء إحدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثاني غير الأول. ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الأول الذي رضي به إذا كان الثاني عند البائع، ولم يجعله عينه إذا عاد البياض عند المشتري وقال لا يرده. ثم قال القاضي الإمام: كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاورني فيما كان مشكلاً إذا اجتمعنا فشاورته في هذه المسألة فما استفدت منه فرقاً؛ كذا في فتح القدير. فالحاصل ليس له الرد في المسألتين لكن في الأولى لجعله غير الأول إذ لو كان عينه لملك الرد لعدم العلم به، وفي الثانية لجعله عين الأول إذ لو كان غيره لملك الرد لكونه لم يرض به. وفي جامع الفصولين: شراه فوجده يبول في الفراش يضعه القاضي عند عدل ينظر فيه. وفي الواقعات الحسامية: اشترى جارية فوجد في إحدى عينيها بياضاً فانجلى البياض ثم عاد فقبض المشتري وهو لا يعلم بذلك ثم علم فله أن يرد، فرق بين هذا وبين ما إذا قبض وفي إحدى عينيها بياض وهو لا يعلم ثم انجلى البياض ثم عاد ليس له أن يرد، والفرق أن البياض الثاني غير الأول حقيقة إلا أن في الصورة الأولى الثاني حدث في يد البائع فيوجب الرد، وفي الثانية البياض الثاني حدث في يد المشتري

هذه المسألة فما استفدت منه فرقاً) قال في النهر: يمكن أن يقال يلتزم أن الثاني غير الأول وإنما لا يرد إذا عاد عند البائع لأن المشتري رضي به، ولا فرق بين الأول والثاني حيث لم يزد ولم ينتقل إلى مكان آخر على أن كونه لا يرد فيما إذا انجلى ثم عاد في يد البائع ليس قدراً متفقاً عليه بل المذكور في الواقعات الحسامية أنه يرد. قوله: **(وبهذا ظهر أن لا إشكال ولا يحتاج إلى المشاورة الخ)** قال

....

فلا يوجب الرد اهـ. وبهذا ظهر أن لا إشكال ولا يحتاج إلى المشاورة نعم على ما نقله في فتح القدير من امتناع الرد في المسألتين مشكل قوله: **(والسرقة من العيوب في العبد والجارية)** أطلقه فشمل الصغير والكبير إلا الذي لا يميز كما قدمناه في الإباق والبول في الفراش فالثلاثة من غير المميز ليست عيباً. وفسر في المعراج المميز هنا بأن يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده، وقدره بعضهم بخمس سنين كما في المعراج أيضاً. ولا بد من المعاودة عند المشتري في حالة واحدة فلا بد من السرقة عندهما في الصغر أو بعد البلوغ، فإن سرق عند البائع في صغره ثم عند المشتري بعد بلوغه لا يرده لحدوث العيب لأن في الصغر لقلة المبالاة وفي الكبر لخبث في الباطن، ولا بد من أن لا تقطع يده عند المشتري ولذا قال في المحيط: اشترى عبداً فسرق عنده وقد كان سرق عند البائع فقطعت يده بالسرقتين يرجع بربع الثمن لأن اليد قطعت بالسرقتين جميعاً اهـ. وفي الظهيرية من المحاضر أن الطرار والنباش وقاطع الطريق كالسارق عيب في العبد. وفي البدائع أن العبد إذا زنى فحد فإنه يكون عيباً. أطلقه فشمل ما إذا سرق من المولى أو من غيره قليلاً كان أو كثيراً ويرد عليه مسألتان: الأولى ما إذا سرق من المولى طعاماً ليأكله فإنه لا يكون عيباً بخلاف ما إذا سرقه ليبيعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فإذا عيب فيهما. وفي البزازية: إذا سرق طعاماً لا للأكل بل ليبيعه ونحوه فعيب مطلقاً، وظاهره أن الإهداء كالبيع. الثانية ما إذا سرق فلساً أو فلسين فإنه لا يكون عيباً وقد جزم به الشارح، وظاهر ما في المعراج أنها قويلة وأن المذهب الإطلاق وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه. وفي الظهيرية. وإذا نقب البيت ولم يختلس فهو عيب. وفي جامع الفصولين: لو سرق بصلاً أو بطيخاً من الغالين أو فلساً كما تسرق التلامذة لم يكن عيباً، ولو سرق بطيخاً من فاليز الأجنبي فهو عيب هو المختار، وإن سرق للإدخار فهو عيب مطلقاً اهـ. قوله: **(والجنون)** لما ذكرنا ولا بد فيه من وجوده عند البائع ثم عند المشتري كذلك كما لا يخفى، سواء اتحدت الحالة أو لا. فلو جن عند البائع في صغره ثم عند المشتري في صغره أو بعد بلوغه فهو عيب لكونه عين الأول لأنه عن فساد في الباطن ولا يختلف سببه بالصغر والكبر كما في العيوب الثلاثة، وهذا معنى قول الإمام محمد أنه عيب أبداً وليس معناه عدم اشتراط العود في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قل ما يزول؛ كذا في الهداية وهو الصحيح وهو قول الجمهور وهو المذكور في الأصل والجامع

الرملي: هذا غير صحيح كما لا يخفى على ذي تأمل لأن مسألة فتح القدير مصورة بما إذا علم المشتري بالعيب حال الشراء ثم زال عند البائع ثم عاد عنده أيضاً، ومسألة الواقعات الحسامية مصورة بما إذا لم يعلم المشتري بالعيب حال الشراء ثم زال عند البائع ثم عاد عنده قبل القبض ثم علم المشتري بعد ذلك، وفي هذه له الرد بلا شبهة سواء جعل الثاني عين الأول أو غيره لأن العيب الذي

....

الكبير وبه أخذ الطحاوي، ولكن ميل الحلواني وخواهر زاده إلى ظاهر كلام محمد من عدم اشتراط العود عند المشتري للحديث «من جن ساعة لم يفق أبداً». وقال الأسبيجابي: ظاهر الجواب عدم اشتراط المعاودة في يد المشتري، وقيل تشترط وهو الصحيح، وقيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ؛ كذا في عامة الروايات. فالحاصل أن المشايخ اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال؛ فمنهم من جعله كالإباق والبول في الفراش فلا بد من المعاودة واتحاد السبب وهو قول أبي بكر الاسكاف البلخي كما في غاية البيان معزياً إلى أبي المعين في شرح الجامع الكبير، ومنهم من لم يشترطه نظراً إلى قول محمد في الجامع الصغير أن الجنون عيب لازم أبداً فإذا جن في يد البائع كفى للرد، واختاره الفقيه أبو الليث كما في غاية البيان والحلواني وخواهر زاده كما قدمناه، وعامة المشايخ على اشتراط العود في يد المشتري وإن لم يتحد السبب. واختاره الصدر الشهيد وقاضيخان وصاحب الهداية وصححوه وحكموا بغلط ما عداه. وفي التلويح: الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب اهـ. والأخصر اختلال القوة التي بها إدراك الكليات. وبه يعلم تعريف العقل من أنه القوة التي بها ذلك. ثم اعلم أن الاختلاف لا يخص الجنون فقد نقل في البدائع عن بعض المشايخ أن البول في الفراش والإباق والسرقة والجنون لا يشترط معاودة ذلك في يد المشتري، ووجودها عند البائع يكفي للرد والعامة على خلافه. وفي المحيط: تكلموا في مقدار الجنون قيل ساعة عيب، وقيل أكثر من يوم وليلة، وقيل المطبق دون غيره؛ كذا في المعراج. والمطبق ـ بفتح الباء ـ والأصل إن المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند البائع شرط للرد إلا في مسائل: الأولى زنا الجارية. والثانية التولد من الزنا. الثالثة ولادة الجارية عند البائع أو غيره فإنه عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وإن لم تلد ثانياً عند المشتري لأن الولادة عيب لازم لأن الضعف الذي حصل بها لا يزول أبداً وعليه الفتوى. وفي رواية كتاب البيوع لا ترد؛ كذا في فتح القدير. وفي الصحاح: جن الرجل جنوناً وأجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن، وقولهم في المجنون ما أجنه شاذ لا يقاس عليه لأنه لا يقال في مضروب ما أضربه ولا في المسلول ما أسله اهـ. وفي فتح القدير: والحمق

لم يعلم به المشتري يثبت به الرد، سواء كان موجوداً حال البيع أو حدث بعده قبل القبض، فهذه غير مسألة فتح القدير، فالإشكال باق فتأمله؛ كذا وجد بخط بعضهم كتب عليه شيخ الإسلام محمد الغزي رحمه الله تعالى. أقول: لم يدع الشارح أن مسألة فتح القدير هي مسألة الحسامية وإنما يريد في إثبات الفرق في المسألة الأولى بما ذكره الحسامي من الفرق فيقال: إن البياض الثاني غير الأول حقيقة إلا أن في الصورة الأولى الثاني حدث في يد البائع فيوجب الرد إذا لم يعلم به وعدمه فيما إذا علم به، وفي الصورة الثانية حدث في يد المشتري فلا يجعل عين الأول. فإن قلت: لم لم يجعل عين الأول

والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية والكفر أقبح العيوب وعدم الحيض والاستحاضة والسعال

عيب وفسره في المغرب بنقصان العقل قوله: **(والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية)** أي عيب فيها لا في الغلام لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهذه تخل به. والمقصود من الغلام الاستخدام ولا يخل به إلا إذا كان البخر والدفر فاحشاً بأن كان عن داء بحيث يمنعه عن قرب سيده لأن الداء عيب وأن يكون الزنا عادة له لأن اتباعهن يخل بالخدمة وهو أن يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين. وأشار بكون الزنا ليس عيباً فيه الدال على القوة إلى أنه لو وجده عنيناً فله الرد كما في البناية. والبخر ـ بالباء المفتوحة والخاء المعجمة المفتوحة الفوقية ـ من بخر الفم بخراً من باب تعب أنتنت ريحه فالذكر أبخر والأنثى بخراء والجمع بخر مثل أحمد وحمراء وحمر؛ كذا في المصباح. والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون بفلج بالأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها؛ كذا في فتح القدير. وفي المستظرف: يقال إن البخر يحصل من طول انطباق الفم وكل رطب الفم سائل اللعاب سالم منه وفيه كان يقال لا ابتلاك الله ببخر عبد الملك بن مروان ولا بصمم ابن سيرين ولا بعمى حسان. وحكي أن عبد الملك أكل من تفاحة ثم رماها إلى زوجته فتناولت السكين فسألها فقالت: لأزيل الأذى عنها فغضب وطلقها. وإنما قيدنا بالخاء الفوقية احترازاً عن البجر بالجيم فإنه عيب فيهما وهو انتفاخ ما تحت السرة وبه سمى بعض الناس أبجر؛ كذا في النهاية. ولا فرق بين الأمرد وغيره في البخر من كونه ليس بعيب وهو الصحيح، وقيل الأمرد كالجارية، وأما الدفر فهو نتن ريح الإبط وهو بالدال المهملة المفتوحة والفاء المفتوحة يقال دفر الشيء دفراً فهو دافر من باب تعب أنتنت ريحه، وأدفر بالألف لغة والدفر وزان فلس اسم منه يقال فيه دفر أي نتن، ويقال للجارية إذا شتمت يا دفار أي منتنة الريح كناية عن خبث الخبر والمخبر؛ كذا في المصباح. وأما الذفر بالذال المعجمة فهو من ذفر الشيء دفراً فهو دفر من باب تعب، وامرأة دفرة ظهرت رائحتها واشتدت طيبة كانت كالمسك أو كريهة كالصنان. قالوا: ولا يسكن المصدر إلا للمرة والواحدة إذا دخلها هاء التأنيث فيقال ذفرة وقالت اعرابية تهجو شيخاً أدبر دفره وأقبل بخره؛ كذا في المصباح. وفي البزازية: نتن ريح الفم والأنف والإبط عيب اهـ. والمراد بقوله «وولده» التولد من الزنا ولو عبر به كما في الإصلاح لكان أولى لأن نفس ولد الزنا ليس بعيب إنما العيب التولد منه، وأما الولد فمعيب ويمكن أن يقدر كون أي كونها ولد الزنا عيب. ولم يذكر المصنف اللواطة بالجارية والغلام قال في القنية. وجامع الفصولين. لو اشترى عبداً يعمل به عمل قولم لوط فإن كان مجاناً فهو عيب لأنه دليل الابنة، وإن كان

حتى يكون للمشتري الرد؟ وهذا هو المشاور فيه ومن يحصل من الشارح جواب عنه وينبغي أن يقال: أن الأصل السلامة من العيوب كما هو مقتضى الفطرة والحادث يضاف إلى أقرب أوقاته فلا ضرورة في جعل البياض الحادث عند المشتري عين الأول حتى يرد به إذا لم يعلمه. هذا ما ظهر

....

بأجر فلا بخلاف الجارية فإنه يكون عيباً كيفما كان لأنه يفسد الفراش اهـ. وفي المصباح: الابنة العقدة في العود والعدواة اهـ. وكل ليس بمناسب وهي عيب حتى في البهائم لما في القنية: اشترى حماراً ذكراً يعلوه الحمر ويأتونه في دبره قال: وقعت هذه ببخارى فلم يستقر فيها جواب الأئمة. وقال عبد الملك النسفي: إن طاوع فعيب وإلا فلا وقيل عيب اهـ. وفي إقرار تلخيص الجامع من باب الإقرار بالعيب ادعى العيب وأقام أن البائع كان قال لها يا زانية أو هذه الزانية فعلت كذا لم ترد لأنه للاستحضار والسب دون تحقق المعنى ولهذا لو قال يا ابني أو يا كافرة لا يعتق ولا تبين لا يلزم بيا حر يا مولاي لأنا اعتبرنا الحقيقة فيما يكون ثبوته من جهته والعرف فيما يتعذر ولا الحد لأن الحقيقة منافية فتعلق باللفظ ولا كذلك الرد، ولو قال هذه الزانية أو نون ترد لأنه جملة خبرية فتفيد المخبر، وتمامه في شرحه فهي رباعية ترد في اثنين ولا ترد في اثنين اهـ قوله: **(والكفر أقبح العيوب)** لأن المسلم ينفر عن صحبته ولا يصلح للإعتاق في بعض الكفارات فتختل الرغبة. أطلقه فشمل كفر الغلام والجارية والنصراني واليهودي والمجوسي كما في النهاية. وما إذا شرط إسلامه فظهر كفره. أو أطلق وما إذا كان قريباً من بلاد الكفر أو من بلاد الإسلام. ولو شرط كفره فظهر إسلامه لا يرده لأن الشرط للتبري من عيبه فصار كما إذا اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليم، وخالفنا الشافعي وأحمد نظراً إلى أنه ربما اشترط كفره ليستخدمه في محقرات الأمور ولم أر حكم ما إذا وجده خارجاً عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي والرافضي، وينبغي أن يكون كالكافر لأن السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي لأن الرافضة يستحلون قتلنا. وفي السراج الوهاج: الكفر عيب ولو اشتراها مسلم أو ذمي اهـ. وهو غريب الذمي قوله: **(وعدم الحيض والاستحاضة)** لأن انقطاع الحيض أو استمرار الدم علامة الداء لأن الحيض هو الأصل في بنات آدم وهو دم صحة فإذا لم تحض فالظاهر أنه عن داء بها ولهذا قالوا: لا تسمع دعواه بانقطاعه إلا إذا ذكر سببه من داء أو حبل. ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ سبع عشرة سنة عند الإمام، وخمسة عشر عندهما، ويعرف ذلك بقول الأمة لأنه لا يعرفه غيرها ولكن لا ترد بقولها بل لا بد من استحلاف البائع فترد بنكوله إن كان بعد القبض، وإن كان قبله فكذلك في الصحيح. ولو ادعاه في مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند الثاني، وأربعة أشهر وعشر عند الثالث وابتداؤها من وقت الشراء. وحاصلها أنه إذا صحح دعواه سئل البائع فإن صدقه ردت عليه وإلا لم يحلف عند الإمام كما سيأتي، وإن أقر به وأنكر كونه

للعبد الفقير وفيه كلام. قوله: **(ترد في اثنين)** وهما هذه الزانية فعلت أو هذه زانية بالتنوين. وقوله ولا ترد في اثنين وهما يا زانية أو هذه الزانية كذا. قوله: **(وهو غريب في الذمي)** قال الرملي نقلاً عن الشيخ محمد الغزي: ليس بغريب لما تقرر أن العيب ما نقص الثمن عند التجار، ولا شك أن الكفر

....

عنده حلف، فإن نكل ردت عليه ولا تقبل البينة على أن الانقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الاستحاضة لأنها درور الدم، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء إلى الأطباء وهم عدلان؛ كذا ذكر الشارح تبعاً للنهاية والدراية ولكن فيها أن الرجوع فيها إلى قول الأمة إنما هو قول محمد، أما في ظاهر الرواية فلا قول للأمة في ذلك اهـ. وبما قررناه ظهر أن انقطاع الحيض لا يكون عيباً إلا إذا كان في أوانه، أما انفطاعه في سن الصغر أو الإياس فلا اتفاقاً كما في المعراج. واعتبر قاضيخان في فتاواه مدة الانقطاع بشهر ورجحه في فتح القدير ولذا لم يشترط قاضيخان لصحة دعوى الانقطاع تعيين أن يكون عن داء أو حبل. ورجحه في فتح القدير لأنه وإن لم يكن عن داء فهو طريق إليه، وطريق توجه الخصومة على ما صححه في فتح القدير أن يدعي انقطاعه للحال ووجوده عند البائع فإن أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلف ما وجد عنده، فإن نكل ردت عليه. وفي القنية: ولو وجد الجارية تحيض في كل ستة أشهر مرة فله الرد. طم: إن كانت مغنية فله الرد اهـ. ثم اعلم أنه قد وقع من ابن الهمام خبط عجيب فإنه رد على الشارحين في موضعين: الأول في اشتراطهم أن يكون الانقطاع عن داء أو حبل وزعم أن فقيه النفس قاضيخان لم يتعرض له وليس كما زعم بل قاضيخان في الفتاوى صرح به أولاً فقال: لو اشترى جارية وقبضها ثم قال إنها لا تحيض قال الشيخ الإمام أو بكر محمد بن الفضل: لا تسمع دعوى المشتري إلا أن يدعي ارتفاع الحيض بالحبل أو بسبب الداء، فإن ادعى بسبب الحبل يريها القاضي النساء إن قلن هي حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده، وإن قلن ليست بحبلى فلا يمين. وفي معرفة داء في باطنها يرجع إلى الأطباء إلى آخره. فهذا كما ترى صريح فيما نقلوه فكيف يصح قوله إنه لم يتعرض له لكن وقع له عبارة أخرى في الفتاوى بعد هذه بصفحة قال: رجل اشترى جارية وقبضها ولم تحض عند المشتري شهراً أو أربعين يوماً قال القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: ارتفاع الحيض عيب وأدناه شهر واحد وإذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرد إذا أثبت أنه كان عند البائع اهـ. فالعبارتان لواحد وهو الشيخ الإمام أبو بكر لكن الأولى لسماع الدعوى عند القاضي. والثانية لتحقيق العيب في نفسه لا لبيان سببه فلا مخالفة

بهذه المثابة لأن المسلم ينفر عنه وغيره لا يرغب في شرائه لعدم الرغبة فيه من الكل اهـ. ويؤيده أنها لو ظهرت مغنية له الرد مع أن بعض الفسقة يرغب فيها ويزيد ثمنها عنده لذلك، وسيأتي أن ترك الصلاة وغيرها من الذنوب عيب. قوله: **(فكذلك في الصحيح)** احترز به عما روي عن ابن يوسف أنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما عن محمد إذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء؟ كذا في فتح القدير. قوله: **(والثانية لتحقيق العيب في نفسه الخ)** يعني أنها لمجرد بيان

....

بينهما. الثاني في نقلهم أنه لا بد من مدة مديدة سنتان أو أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أشهر محتجاً بالعبارة الثانية لقاضيخان، ولا اعتبار بها مع صريح النقل عن الأئمة الثلاثة ويمكن حملها على رواية أخرى، فنسبته لهم إلى الغلط غلط فاحش منه فالمعتمد ما نقله الشارحون في النهاية والعناية والدراية والبناية والتبيين والكافي وغيرهم. وفي البزازية: ارتفاعه بدون أحد هذين لا يعد عيباً. ونقل عن أبي مطيع أنه قدر المدة بتسعة أشهر، وسفيان بحولين. وفي التحفة: قدره بشهرين كما في غاية البيان فهي سبعة أقوال. ثم اعلم أنه لا منافاة بين قولهم يعتبر قول الأمة وبين قولهم والمرجع في الحبل إلى قول النساء وفي الداء إلى قول الأطباء لأن اعتبار قول الأمة إنما هو لأجل انقطاع الدم لتوجه الخصومة إلى البائع فإذا توجهت إليه بقولها وعين المشتري أنه عن حبل رجعنا إلى قول النساء العالمات بالحبل لتوجه اليمين على البائع وإن

أن ارتفاع الحيض عيب يثبت له به الرد، وهذه العبارة لا تنافي اشتراط بيان السبب في ثبوت الرد له وسماع دعواه فهي مطلقة فتحمل على الأولى لكن قال في النهر: ورأيت في المحيط أن اشتراط ذكر السبب رواية النوادر وعليه يحمل ما في الخانية اهـ. قلت: وفي شرح العلامة المقدسي نقل العلامة الرئيس قاسم بن قطلو بغا في شرحه للنقاية قال قاضيخان: رجل اشترى جارية وقبضها فلم تحض عند المشتري شهراً أو أربعين يوماً قال القاضي الإمام: هذا ارتفاع الحيض وهو عيب وأدناه شهر واحد إذا ارتفع عند المشتري كان له أن يرد إذا ثبت أنه كان عند البائع، وهذا أوجه مما ذكره قاضيخان عن ابن الفضل «ولو اشترى جارية وقبضها الخ». وقال في ملتقى الأبحر: وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة لا أقل، ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح. وقال في البدائع: وإن كان العيب لا يطلع عليه إلا الأمة لا يثبت بقولها لكونها متهمة وإن كان في داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلاً فكان الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله ليس به هذا العيب للحال اهـ. قوله: **(الثاني في نقلهم أنه لا بد الخ)** أقول: ذكر في الذخيرة أما إذا ادعى المشتري انقطاع حيضها وأراد ردها بهذا السبب لا يوجد لهذا رواية في المشاهير ثم قال: وبعد هذا يحتاج إلى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة قالوا: ويجب أن تكون هذه المسألة مدة الاستبراء إذا انقطع الحيض. وفيها الرواية مختلفة فعن أبي يوسف أنه قدر الكثيرة بأربعة أشهر وعشر ثم رجع إلى شهرين وخمسة أيام، وعن أبي حنيفة وزفر سنتان الخ. وقد نبه على ذلك المحقق ابن الهمام فإنه بعد ما مر عن الخانية من تقدير المدة بشهر قال: وينبغي أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر، والرواية هناك تستدعي ذلك الاعتبار فإن الوطء ممنوع شرعاً إلى الحيض لاحتمال الحبل فيكون ساقياً ماءه زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل وهو أقيس، والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيباً فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرهما من المدد لأن كونه عيباً كونه يؤدي إلى الداء وطريقاً إليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكر اهـ. ملخصاً. وحاصل كلامه منازعة بعض المشايخ في قياس المدة لثبوت

القديم والدين والشعر والماء في العين فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا

عين أنه عن داء رجعنا إلى قول الأطباء كذلك كما لا يخفى قوله: **(والسعال القديم)** وهو ما كان عن داء أما المعتاد فلا كما في فتح القدير. وظاهر الكتاب أن الحادث منه ليس بعيب ولو كان موجوداً عندهما، والظاهر أن ما كان داء فهو قديم وأن هذا هو مراده من كونه قديماً فالمنظور إليه كونه عن داء لا القدم ولذا قال في جامع الفصولين: السعال عيب إن فحش وإلا فلا اهـ (حكاية) في المستظرف: خطب المأمون بمرو فسعل الناس فنادى بهم ألا من كان به سعال فليتداو بشرب خل الخمر ففعلوا فانقطع عنهم السعال. قوله: **(والدين)** لأن ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى. أطلقه فشمل دين العبد والجارية وما إذا كان مطالباً به للحال أو متأخراً إلى ما بعد العتق. وفرق بينهما الشافعي وهو حسن إذ لا ضرر على المولى في الثاني وجوابه أنه يلحقه ضرر بنقصان ميراثه منه حيث كان وارثاً له؛ كذا في فتح القدير. وهو بحث منه مخالف للنقل. قال مسكين: والدين أي الدين الذي يطالب به في الحال، أما الدين المؤجل فإنه ليس بعيب؛ كذا في الذخيرة. والمراد المؤجل إلى العتق. وفي القنية: الدين عيب إلا إذا كان يسيراً لا يعد مثله نقصاناً. وفي السراج الوهاج: إذا كان على العبد دين أو في رقبته جناية فهو عيب لأنه يجب بيعه فيه ودفعه فيها فتستحق رقبته بذلك، ويتصور هذا فيما إذا حدثت به الجناية بعد العقد قبل القبض، أما إذا كانت قبل العقد فبالبيع يصير البائع مختاراً للجناية، فإن قضى المولى الدين قبل الرد سقط الرد لأن المعنى الموجب للرد قد زال اهـ. وكذا إذا أبرأ الغريم كما في البزازية قوله: **(والشعر والماء في العين)** لأنهما يضعفان البصر ويورثان العمى، ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه السبل كما في المعراج وكثرة الدمع. وقد ذكر المصنف أولاً ضابط العيب ثم ذكر عدداً من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه في كلامهم تكثيراً للفوائد ولكثرة الاحتياج إليها في المعاملات. ففي المعراج: الثؤلول عيب، وكذا الخال إن كان قبيحاً منقصاً، والصهوبة حمرة الشعر إذا فحش بحيث تضرب إلى البياض، والشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر، والعشى عيب وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر في الليل، والسن الساقط ضرساً كان أو غيره، وكذا السوداء والظفر الأسود المنقص للثمن، والعسر وهو العمل باليسار دون اليمين عجزاً لا أن يكون عسر يسر وهو الأضبط الذي يعمل بهما، وقد كان عمر رضي الله تعالى عنه بهذه

العيب على مدة الاستبراء بإبداء الفارق بينهما، وقد علمت أن أصل المسألة لا رواية لها في المشاهير، فإذا اختلف المشايخ في تقدير هذه المدة احتيج إلى ترجيح أحد القولين، والمحقق ابن الهمام من رجال هذه الكتيبة. وبما قررناه ظهر أنه لم يوجد النقل عن أئمتنا الثلاثة في مسألتنا وإنما النقل عنهم في مسألة الاستبراء فكيف يسوغ للمؤلف أن يقول ولا اعتبار بها مع صريح النقل عن الأئمة الثلاثة

....

الصفة فهو زيادة. والقشف وهو يبوسة الجلد وتشنج في الأعضاء والكي إن كان من داء وإلا لا كما في الحبشة. والحرن على وجه لا يستفز ولا ينقاد للراكب عند العطف والسير. والجمع عيب وهو أن لا يلين عند اللجام، وخلع الرأس من العذار، وبل المخلاة إن نقص وهو أن يسيل لعاب الفرس على وجه يبل المخلاة إذا جعل على رأسه وفيه علفه، وقيل أن يرميها وهو نوع من الجمح. والغرب في العين وهو ورم في المآقي وربما يسيل منه شيء حتى قال محمد: إنه إذا كان سائلاً فصاحبه من أصحاب الأعذار. والشتر عيب وهو انقلاب في الأجفان وبه سمي الأشتر وهو لضعف البصر والحول كذلك. والحوص وهو نوع من الحول، والقبل في أنسان العين، وإذا كان في جانب فهو الحوص. والظفر وهو بياض يبدو في إنسان العين وكل ذلك لضعف البصر وربما منعه أصلاً. والجرب في العين وغيرها لكونه عن داء، والعزل وهو أن يعزل ذنبه في أحد الجانبين، والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة، والفحج وهو تباعد ما بين القدمين، والصكك وهو أن يصكك إحدى ركبتيه على الأخرى، والحبل في بنات آدم عيب لكونه منقصاً بخلافه في البهائم لكونه زيادة، والقرن عظم في المأتي مانع من الوصول، والرتق وهو لحم في المأتي، والعقل وهو أن يكون المأتي منها شبه الكيس لا يلتذ الواطئ بوطئها والكل يخل بالمقصود. والبرص والجذام وهو قيح يوجد تحت الجلد يوجد نتنه من بعيد. والفتق وهو ريح في المثانة وربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون إلا لداء في الباطن، والسلعة وهي القروح التي تكون على العين، وقيل داء في الرأس يتناثر منه شعر الرأس، وقيل غدة تحت الجلد تدور بين اللحم والجلد، والدحس وهو ورم يكون في أطراف حافر الفرس والحمار، والحنف وهو إقبال كل واحد من الإبهامين إلى صاحبه وهو ينقص من قوة المشي، وقيل الأحنف الذي يمشي على ظهر قدميه. والصدف التواه في أصل العنق، وقيل إقبال إحدى الركبتين إلى الأخرى. والشدق وهو سعة مفرطة في الفم، والتخنث، والحمق، وكونها مغنية، وشرب الخمر، وترك الصلاة وغيرها من الذنوب. وكل عيب يتمكن المشتري من إزالته بلا مشقة لا يرده به كإحرام الجارية ونجاسة الثوب. وقله الأكل في البقرة عيب. ولو اشترى زوجي الخف وأحدهما أضيق من الآخر فإنه خرج عن العادة فله الرد، وإن كان الخف لا يتسع في اللبس وقد اشتراه له فهو عيب. والتراب في الحنطة الخارج عن العادة عيب فله ردها، وليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته، ولو خلطه بها بعد التمييز أو انتقص الكيل والوزن بالتنقية امتنع الرد وله النقصان، وإن وجد الجارية دميمة أو سوداء لا ترد، وإن كانت محترقة الوجه لا يعرف جمالها وقبحها فله الرد. ولو امتنع الرد رجع بفضل ما بينهما، ولو اشترى داراً ليس لها مسيل أو أرضاً لا شرب لها

فافهم. وعن هذا والله أعلم قال العلامة قاسم في شرح النقاية: إن ما نقله في الخانية ثانياً وجه.

....

أو مرتفعة لا تسقى إلا بالسكر فله الرد. اهـ ما في المعراج. ونقل منه في فتح القدير ولكن يحتاج إلى ضبط بعض ألفاظ ليزول الاشتباه عنها: الثؤلول بهمزة ساكنة وزان عصفور ويجوز التخفيف والجمع الثآليل وهو من ثئل ثألاً من باب تعب فالذكر أثأل والأنثى ثألاء والجمع ثؤول مثل أحمر وحمراء وحمر وهو داء يشبه الحبوب. وقال ابن فارس: الثأل داء يصيب الشاة فتسترخي أعضاؤها؛ كذا في الصحاح. والعشى من عشى عشياً من باب تعب ضعف بصره فهو أعشى والمرأة عشاء منه أيضاً. والقشف من قشف الرجل قشفاً فهو قشف من باب تعب لم يعتد النظافة وأصله خشونة العيش منه أيضاً. والجمح من جمح الفرس براكبه يجمح بفتحتين جماحاً بالكسر وجموحاً مصدر استعصى حتى غلبه فهو جموح بالفتح وجامح يستوي فيه الذكر والأنثى؛ كذا في المصباح. ولم يذكر أن مصدره الجمح ولكن في الصحاح: جمح الفرس جموحاً وجماحاً وجمحاً إذا أعثر فارسه وغلبه اهـ. فعلى هذا الجمح في كلامهم بفتح الجيم وسكون الميم. والغرب بفتح الغين المعجمة والراء الساكنة وللعين غربان؛ كذا في الصحاح. والحوص بفتحتين ضيق في مؤخر العين والرجل أحوص منه أيضاً. والقبل بفتحتين في العين إقبال السواد على الأنف. والعزل بفتحتين، والأعزل من الخيل الذي يقع ذنبه في جانب ولك عادة لا خلقة وهو عيب منه أيضاً. والمشش بفتحتين وهو شيء يشخص في وطيفها حتى يكون له حجم منه أيضاً. والسكك بفتحتين. ولو ذكروا من العيوب أيضاً الصأك بصاد ثم همزة مفتوحة وهو من صئك الرجل يصأك صأكاً إذا عرق فهاجت منه ريح منتنة من ذفر أو غير ذلك ـ كما في الصحاح ـ لكان أفود، ويمكن تخصيصه بالجارية كالبخر والدفر. والسلعة بكسر السين اسم لزيادة تحدث في الجسد كالغدة تتحرك إذا حركت وتكون من حمصة إلى بطيخة، والسلعة بالفتح الشجة منه أيضاً وما قدمناه من تفسيرها بعيد. والحنف بفتحتين إعوجاج في الرجل. والصدف بالصاد والدال المهملتين يقال فرس أصدف إذا كان متداني الفخذين متباعد الحافرين في التواء من الرسغين، وقيل الصدف ميل في الحافر إلى الشق الوحشي، وقيل أن يميل خف البعير من اليد أو الرجل إلى الجانب الوحشي، فإن مال إلى الأنسي فهو لا يعد منه أيضاً. والشدق بفتح الشين وكسر الدال سعة الشدق وهو جانب الفم منه أيضاً. وفي فتح القدير: ومن العيوب العثار في الدواب إن كان كثيراً فاحشاً، أكل العذار، وعدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين، وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً. وفي فتاوى قاضيخان: وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجوار لا يكون عيباً اهـ. وفي السراج الوهاج: الزكام ليس بعيب والجنون عيب، وكذا العمى والعور والشلل والصمم والخرس

قوله: **(وأكل العذار)** في نسخة الرملي: وأكل العذرة وكتب عليها فقال: وفي نسخة العذار. قوله:

....

والأصبع الزائدة والناقصة والقروح والشجاج والأمراض كلها. والأدر عيب وهو انتفاخ الانثيين والعشا عيب وهو الذي لا يبصر بالليل، وكذا العمش والعنين والخصي. ولو اشتراه على أنه خصي فوجده فحلاً لا خيار له. والكذب والنميمة عيب فيهما وقلة الأكل في الدواب لا في بني آدم. والنكاح في الجارية والغلام فإن طلقها زوجها رجعياً فله الرد وإن كان بائناً سقط، وإذا وجدها محرمة عليه برضاع أو صهرية كأخته أو أم امرأته فليس بعيب لأنه يقدر على الانتفاع بتزويجها وأخذ العوض. وإذا وجدها لا تحسن الطبخ والخبز فليس بعيب، وإذا وجد في المصحف سقطاً أو خطأ فهو عيب، وإن كانت معتدة من طلاق بائن فليس بعيب لأنه لا سبيل للزوج عليها والحرمة عارضة كتحريم الحائض اهـ. وفي الخانية: لو اشترى جارية وقبضها ثم ادعى أن لها زوجاً وأراد أن يردها فقال البائع كان لها زوج أبانها أو مات عنها قبل البيع كان القول قول البائع ولا ترد عليه، ولو أقام المشتري البينة على قيام النكاح لا تقبل بينته. ولو أقام البينة على إقرار البائع بذلك قبلت بينته، ولو قال البائع كان زوجها عبدي فلان أبانها قبل البيع والمشتري ينكر الطلاق كان القول قول البائع، فإن حضر المقر له بالنكاح وأنكر الطلاق كان للمشتري أن يردها، ولو قال البائع كان لها زوج عبدي يوم البيع فأبانها أو مات عنها قبل القبض أو بعده والمشتري ينكر الطلاق كان للمشتري أن يرد الجارية، ولو كان لها زوج عند المشتري فقال البائع كان لها زوج عندي غير هذا الرجل أبانها أو مات عنها قبل البيع كان القول قول البائع اهـ. وفي البزازية: التخنث نوعان: أحدهما بمعنى الرديء من الأفعال وهو عيب. الثاني الرعونة واللين في الصوت والتكسر في المشي فإنه قل لا يرد وإن كثر رده. ولو اشترى غلاماً أمرد فوجده محلوق اللحية يرده، وعدم استمساك البول عيب. ولو اشترى حبلى فولدت عند المشتري لا خصومة له مع البائع، فإن ماتت في نفاسها رجع بنقصان الحبل إن لم يعلم به عند الشراء. اشتراها على أنها صغيرة فإذا هي بالغة لا يردها. والثقب في الأذنين إن واسعاً فهو عيب في التركية إن عدوه عيباً لا في الهندية. وإن وجد الحنطة مسوسة يرد لا رديئة وجع الضرس مرة بعد مرة عيب، وإذا كانت إحدى العينين زرقاء والأخرى غير زرقاء أو إحداهما كحلاء والأخرى بيضاء فهو عيب. وإذا كانت البقرة لا تحلب إن كان مثلها يشتري للحلب ردها وإن للحم لا، إن كانت تمص إحدى ثدييها له الرد. وإن كانت الدابة بطيئة السير لا ترد إلا إذا شرط أنها عجول، وكونها وكون العبد أكولاً فليس بعيب وفي الجارية عيب لأنها تفسد الفراش. اشترى عبداً فأصابه حمى في يده وكان في يد البائع أيضاً إن اتحد الوقتان يرد وإن اختلف لا. والنقب الكبير في الجدار عيب. وكذا في بيوت النمل في الكرم إن فاحشاً عيب، وكذا لو كان فيه ممر الغير أو مسيل

(وكونها وكون العبد أكولاً الخ) عبارة الفتح وقلة الأكل في البقرة ونحوها وكثرته في الإنسان، وقيل

....

الغير. ولو وجد في المسك رصاصاً ميزه ورده بحصته قل أو كثر، ولو وجد في الشحم ملحاً كثيراً أو وجد في الدهن ودكاً كثيراً فكالحنطة. أقر البائع بعد بيع السمن الذائب بموت فأرة فيه رجع عليه المشتري بالنقصان عندهما وعليه الفتوى اهـ. وفي جامع الفصولين: وكونه مقامراً إن كان يعد عيباً كقمار نرد وشطرنج ونحوهما فهو عيب، وكذا السحر عيب فيهما لما فيه من الضرر. وشرب الخمر عيب على سبيل الإعلان والإدمان لا على الكتمان أحياناً. اشترى فرساً فوجده كبير السن قيل ينبغي أن لا ترد إلا إذا شرط صغر السن كالجارية إذا وجدها كبيرة السن اهـ. وفي الظهيرية: والدفن عيب وهو أن يسيل الماء من المنخرين. والأجهر عيب وهو من لا يبصر في النهار. والدحس وهو ورم يكون في أطرة حافر الفرس والأطرة دور الحافر، والفدع عوج في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك عوج بين عظم الساق، وفي الفرس التواء الرسغ من الجانب الأيمن. والجرذ عيب وهو بالذال المعجمة كل ما حدث في عرقوب الدابة من ترند أو انتفاخ عصب. والهقعة وهي دائرة في عرض زور يعد عيباً ويتشاءم به ومنه يقال اتقوا الخيل المهقوع. والزور أعلى الصدر وفسره في المنتقى فقال: المهقوع الذي إذا سار سمع ما بين حاصرتيه وفرجه صوت. والانتشار وهو انتفاخ العصب عند الإعياء وتحرك الشظى كانتشار العصب غير أن الفرس لانتشار العصب أشد احتمالاً منه لتحرك الشظى والشظى عظم ملتزق بالذراع. والشامة إن كانت على الخد كانت زينة فإن كانت على الأرنبة كانت قبحاً اهـ. وفي القنية: اشترى حانوتاً فوجد بعد القبض على بابه مكتوباً وقف على مسجد كذا لا يرده لأنها علامة لا تبنى الأحكام عليها. اشترى أرضاً فظهر أنها ميشومة فينبغي أن يتمكن من الرد لأن الناس لا يرغبون فيها، ولو اشترى حماراً لا ينهق فهو عيب. وترك الصلاة في العبد لا يوجب الرد اهـ. وقدمنا خلافه. وفي آخر الباب من فتح القدير: قطع الأصبح عيب والأصبعان عيبان والأصابح مع الكف عيب واحد، وحذف الحروف أو نقصها أو النقط أو الاعراب في المصحف عيب.

فائدة: في ميم المصحف الحركات الثلاثة ذكره الكرماني من شرح كتاب الإمامة. والمصراة شاة ونحوها اشد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري أنها كثيرة اللبن فإذا حلبها ليس له ردها عندنا، ولا يرجع بالنقصان في رواية الكرخي، ويرجع في رواية الطحاوي لفوات وصف مرغوب بعد زيادة منفصلة، ولو اختيرت للفتوى كان حسناً لغرور المشتري بالتصرية اهـ. وفي الظهيرية: التصرية ليست بعيب عندنا وكذا لو سود أنامل عبده وأجلسه على المعرض حتى ظنه المشتري كاتباً أو ألبسه ثياب الخبازين حتى ظنه خبازاً فليس له أن يرده لأنه

في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق إذا أفرط. قوله: **(والفدع عوج الخ)** الفدع بالفاء وبالدال والعين المهملتين. قوله: **(والاصبعان عيبان)** أي فلا يبرأ إذا كانت البراءة عن عيب واحد؛

....

مغتر وليس بمغرور اهـ. وفي الحاوي القدسي في المصراة: وعن أبي يوسف أنه يردها وقيمة صاع من تمر ويحبس لبنها لنفسه اهـ. وهو أقرب إلى حديث المصراة الثابت في الصحيحين إلا أن الحديث أوجب رد الصاع وهو أوجب قيمته قوله: (**فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه**) أي حدث بعدما اطلع على العيب القديم امتنع رده جبراً على البائع لدفع الإضرار عنه لكونه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع بما حدث لرضاه بالضرر إلا في مسألة فإن البائع إذا رضي بالعيب الحادث فإن المشتري لا يجبر على رده وإنما يرجع بالنقصان هي ما إذا اشترى عبداً فظهر أنه قتل انساناً خطأ عند البائع ثم قتل آخر عند المشتري فإن البائع إذا أراد قبوله بالجنايتين لا يجبر المشتري وإنما يرجع بنقصان الجناية الأولى دفعاً للضرر عنه لأنه لو رده على بائعه كان مختار للفداء فيهما وتمامه في الولوالجية. أطلق في الحدوث فشمل ما إذا كان بآفة سماوية أو بغيرها؛ كذا في المعراج. وشمل ما إذا اشتراه مريضاً فازداد في يده فإنه ليس له الرد، وقيل ينبغي أن يرد كما في وجع السن إذا ازداد إلا إذا صار صاحب فراش؛ كذا في خزانة الفقه. وفي جامع الفصولين: إذا تعيب عند المشتري بفعله أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية وظاهره أنه إذا تعيب عنده بفعل البائع لا يمتنع الرد وظاهر اطلاق الكتاب امتناع الرد جبراً أيضاً وفي القنية اشترى عبداً وبه أثر قرحة وبرأت منه ولم يعلم به ثم عادت قرحة فاخبر الجراحون أن عودها بالعيب القديم لم يرده ويرجع بنقصان العيب وهذا بخلاف مسألة كانت به قرحة فانفجرت أو جدري فانفجر عند المشتري فله الرد لأن انفجاره ليس بعيب حادث اهـ ومن العيب الحادث ما لو اشترى ماله حمل ومؤنة في بلد فأراد أن يرده بعيب قديم في بلد آخر ليس له الرد جبر إلا في بلد العقد كالثمر ومن العيب الحادث نتف ريش الطير المذبوح فيمتنع الرد كما في القنية ثم أعلم أن حدوث العيب عند المشتري شامل لما إذا نقص عنده وحاصل ما إذا نقص المبيع إنه لا يخلوا ما أن يكون في يد البائع أو يد المشتري فإن كان الأول فعلى خمسة أوجه بفعل البائع أو بفعل المشتري أو أجنبي أو المعقود عليه أو بآفة سماوية فإن بفعل البائع خير المشتري وجد به عيباً أو لا إن شاء تركه وإن شاء أخذه وطرح من الثمن حصة النقصان وإن كان بفعل المشتري لزمه جميع الثمن وليس له أن يمسكه ويطلب النقصان ولو منعه البائع بعد جناية المشتري لأجل الثمن فللمشتري رده بالعيب ويسقط عنه الثمن إلا ما نقصه بفعله وإن كان النقصان بفعل الأجنبي فالمشتري بالخيار بعيب أو لا إن شاء رضي به بجميع الثمن واتبع الجاني بإرشه وإن شاء تركه وسقط عنه الثمن وإن كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المعقود

كذا نقل عن الفتاوى الهندية. قوله: (**وجد به عيباً أو لا**) الظاهر أن مراده بالعيب العيب القديم تأمل. قوله: (**ولو أخذه يطرح عنه حصة جناية المعقود عليه**) ظاهره أن لو كان العيب بآفة سماوية لا

....

عليه يرده بجميع الثمن أو يأخذه وجد به عيباً أو لا ولو أخذه يطرح عنه حصة جناية المعقود عليه وأما النقصان بعد القبض فإن كان بفعله أو بفعل المقعود عليه أو بآفة سماوية لا يرده بالعيب لأنه يرده بعيبين ويرجع بحصة العيب إلا إذا رضي به البائع ناقصاً وإن كان بفعل البائع أو الأجنبي يجب الإرش على الجاني وأنه يمنع الرد ويرجع بحصة العيب من الثمن اهـ وفي الواقعات اطلع على عيب بالكفن لا يرده ولا يرجع بنقصان العيب إلا إذا أحدث به عيباً فله الرجوع بالنقصان وصورة الرجوع بالنقصان أن يقوم المبيع وليس به عيب قديم ويقوم وبه ذلك فينظر إلى ما نقص من قيمته لأجل النقصان وينسب إلى القيمة السليمة فإن كانت النسبة العشر رجع بعشر الثمن وإن كانت النصف فبنصف الثمن بيانه إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم وقيمته مائة درهم واطلع على عيب ينقصه عشرة دراهم وقد حدث به عيب عنده فإنه يرجع بعشرة الثمن وهو درهم ولو اشتراه بمائتين وقيمته مائة ونقصه العيب عشرة فإنه يرجع بعشر الثمن وذلك عشرون وإن نقصه عشرين رجع بخمس الثمن وهو أربعون وإن اشتراه بمائة وهو يساوي مائة ونقصه عشرة رجع بعشر الثمن وهو عشرة كذا في السراج الوهاج معزياً إلى الينابيع وفي البزازية وفي المقايضة إن النقصان عشر القيمة رجل بعشر ما جعل ثمناً والمقوم لا بد أن يكون اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشتري والمقوم الأهل في كل حرفة اهـ ويحتاج إلى الفرق بين التقويم هنا وفي كل موضع فإنهم اكتفوا في تقويم التلفات بتقويم واحد كما في شرح المنظومة وظاهر الكتاب أن البائع إذا رضي برده فالخيار للمشتري بين الرد والإمساك والرجوع بالنقصان وليس كذلك بل إذا رضي البائع فإنه يخير إن شاء أمسكه ولا رجوع له بالنقصان وإن شاء رده كما في المعراج وغيره وإذا رجع بالنقصان ثم زال العيب الجديد فله رد المعيب مع النقصان ونقل في القنية فيها أقوالاً ثلاثة الأول ما ذكرناه وقواه بكتاب آخر ثم رقم للثاني بأنه ليس له الرد ثم رقم لثالث بانه مال إلى أنه يرده إن كان بدل النقصان قائماً وإلا فلا اهـ. والذي يظهر ترجيح الأول لأن العيب الحادث كان مانعاً من الرد بالقديم وقد زال فيعود الرد والقائل بعدمه يقول أن الرد سقط والساقط لا يعود ويشهد له قولهم في خيار الرؤية لو باعه ثم رد عليه بقضاء فإنه لا خيار له لأنه قد سقط فلا يعود ومن العيب الحادث المانع من الرد ما إذا اشترى حديداً ليتخذ منه آلات النجارين وجعله في الكور ليجربه بالنار فوجد به عيباً ولا يصلح لتلك الآلات فإنه يرجع بالنقصان ولا يرده كما في القنية ومنه أيضاً بل الجلود عيب حادث يمنع الرد بقديم وكذا بل الإبريسم منه أيضاً وفي جامع الفصولين بل إبريسما فرأى عيبه يرجع بنقصه وكذا الأديم لو أنقع في الماء فرأى عيبه

يطرح عنه حصته فليراجع. وانظر ما قدمه المؤلف في خيار الشرط عند قول المصنف «كتعيبه».

قوله: **(وظاهر الكتاب أن البائع الخ)** إن أراد بالكتاب الكنز فهذا الظاهر غير ظاهر فتأمله.

بائعه ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب وإن قبله البائع كذلك فله ذلك وإن

لم يرده وإن رضي بائعه وهذا شكل ولو أدخل في النار قدوماً فرأى عيبه لم يرده إذا الحديد ينقص بالنار بخلاف الذهب والفضة كحديد أقول الذهب ينتقص في النار إذا ذاب إيضاً اللهم إلا أن يكون قبل الذوب لو حدد سكيناً فرأى عيبه فإن حدده بحجر فله الرد لا لو حدده بمبرد لأنه ينتقص منه اهـ. وذكر قبله شرى شجرة ليتخذ منها باباً أو نحوه فقطعها فوجدها لا تصلح لذلك فله الرجوع بنقص العيب لا الرد إلا برضا بائعه اهـ. وأشار المصنف باشتراط رضا البائع إلى فرع في القنية لو رد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشتري فله الرد اهـ. يعني لعدم رضاه به أولاً وفي البزازية رده ليشتري بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشتري رد على المشتري مع إرش العيب القديم أو رضي بالمردود ولا شيء به وإن حدث فيه عيب آخر عند البائع رجع البائع على المشتري بإرش العيب الثاني إلا أن يرضى أن يقبل بعيب الثالث أيضاً اهـ. ثم اعلم أنا كتبنا في الفوائد الفقهية أنه يستثنى من قولهم لو حدث به عيب وبه عيب قديم رجع بنقصه أو رد برضا بائعه مسألتان إحداهما بيع التولية لو باع شيئاً تولية ثم حدث به عيب عند المشتري وبه عيب قديم لا رجوع ولا رد لأنه لو رجع صار الثمن الثاني أنقص من الأول وقضية التولية أن يكون مثل الأول ذكره الشارح في بابها الثانية في السلم لو قبض المسلم فيه فوجد به عيباً كان عند المسلم إليه وحدث به عيب عند رب السلم قال أبو حنيفة خير المسلم إليه إن شاء قبله معيباً بالعيب الحادث وإن شاء لم يقبل ولا شيء عليه لا من رأس المال ولا من نقصان العيب كذا في الخانية من باب السلم وذكره الولوالجي هنا وعلله بأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كما قال محمد كان اعتياضاً عن الجودة وهو ربا اهـ. قوله: **(ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً فقطعه رجع بالعيب)** أي بنقصان العيب القديم لأن القطع عيب حادث قوله: **(وإن قبله البائع كذلك فله ذلك)** لأن الامتناع لحقه وقد رضي به وهو تكرار لأن

قوله: **(وفي الظهيرية ووطؤها يمنع الرد الخ)** مثله في الخانية حيث قال: اشترى جارية وقبضها فوطئها أو قبلها بشهوة ثم وجد بها عيباً لا يردها ولكن يرجع بنقصان العيب إلا إذا رضي البائع أن يأخذها ولا يدفع النقصان اهـ. وقال في الخلاصة: وفي الأصل رجل اشترى جارية ولم يبرأ من عيوبها فوطئها ثم وجد بها عيباً لا يملك ردها، سواء كانت بكراً أو ثيباً، نقصها الوطء أو لا، بخلاف الاستخدام. وكذا لو قبلها أو لمسها بشهوة ويرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أن أقبلها اهـ. لكن ذكر في الخانية في أول فصل العيوب: ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال هي ثيب فإن القاضي يريها النساء إن قلن هي بكر كان القول للبائع ولا يمين عليه، وإن قلن هي ثيب كان القول للبائع مع يمينه. وإن وطئها المشتري فعلم بالوطء فإن زايلها كما علم أنها ليست بكراً بلا لبث وإلا لزمته الجارية؛ هكذا ذكر الشيخ أبو القاسم رحمه الله تعالى. وعن أبي يوسف أنه يردها بشهادة

باعه المشتري لم يرجع بشيء ولو قطعه وخاطه أو صبغه أو لت السويق بسمن فاطلع على

رجوعه وجواز رده برضا بائعه في الثوب من أفراد ما قدمه ولم تظهر فائدة لإفراد الثوب إلا ليترتب عليه مسألة ما إذا خاطه فإنه يمتنع الرد ولو برضاه وكان يمكنه أن يقول أولاً أو رد برضا بائعه إلا عند حدوث زيادة ووطء الجارية كقطع الثوب. وفي الظهيرية: ووطؤها يمنع الرد بالعيب بكراً كانت أو ثيباً وكان له أن يرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أنا أقبلها كذلك ووطء غير المشتري كذلك يمنع الرد بالعيب سواء كان عن شبهة أو لا عن شبهة غير أن الوطء إذا كان عن شبهة كان للمشتري أن يرجع بالنقصان، وإن قال البائع أنا أقبلها كذلك لمكان العقر الواجب بالوطء عن شبهة، وإن كانت الجارية ذات زوج عند البائع فوطئها زوجها عند المشتري إن كانت الجارية بكراً فليس للمشتري أن يردها، وإن كانت ثيباً إن نقصها الوطء فكذلك الجواب، وإن لم ينقصها كان للمشتري أن يردها. هذا إذا وطئها الزوج مرة في يد البائع ثم وطئها عند المشتري فأما إذا لم يطأها عند البائع مرة إنما وطئها عند المشتري لم يذكر محمد هذا لفصل في الأصل، واختلف المشايخ فيه والصحيح أنها ترد بالعيب. ولو اشترى برذوناً فحصاه ثم اطلع على عيب به بعد الخصاء كان له الرد إذا لم ينقصه الخصي؛ كذا في فتاوى أهل سمرقند، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يفتي بخلافه اهـ قوله: **(وإن باعه المشتري لم يرجع بشيء)** لكونه حابساً له بالبيع لإمكان الرد برضا بائعه فكان مفوتاً للرد، أطلقه فشمل ما إذا كان باعه بعد رؤية العيب أو قبله كما في فتح القدير، وما إذا كان لضرورة أو لا لما في القنية: اشترى سمكة فوجدها معيبة وغاب البائع ولو انتظر حضوره تفسد فشواها وباعها ليس له أن يرجع بنقصان العيب ولا سبيل له في دفع هذا الضرر سئل عن مثلها في المشمش فقال: لا يرجع على قول أبي حنيفة اهـ. وفي المحيط معزياً إلى الجامع: اشترى عصيراً وقبضه ثم تخمر ثم وجد به عيباً لا يرده وإن رضي به البائع لأن في الرد تمليك الخمر وتملكه قصداً لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق المالك وحرمة تمليك الخمر حق الشرع فاعتبر بيعاً جديداً في حقه، وإن صار خلاً لا يرد إلا إذا رضي به البائع لأنه تعيب عنده بعيب آخر لأنه قبضه حلواً ويرده حامضاً ويرجع بنقصان العيب في الحالين. وكذا النصرانيان تبايعا خمراً وتقابضا ثم أسلما ثم وجد المشتري بالخمر

النساء اهـ. وقد يفرق بين ما إذا وجد بها عيباً بعد الوطء وبين ما إذا علم العيب بالوطء فليتأمل ما وجهه. ثم رأيت في القنية ذكر قول أبي القاسم المذكور ثم رمز وقال: والوطء يمنع الرد وهو المذهب اهـ. ومفاده أن ما قاله أبو القاسم خلاف المذهب لمخالفته لما مر عن الأصل الذي هو من كتب ظاهر الرواية وتعبير الخانية بقوله «هكذا ذكر الخ». يشعر بضعفه فقد ثبت أن الوطء ودواعيه يمنع من الرد بالعيب وبه ظهر جواب حادثة الفتوى: اشترى جارية رومية للتسري فوطئها فوجدها رتقاء وأخبرت امرأتان بذلك أيضاً فإذا حلف البائع على البتات لا يلزمه شيء كما سيأتي وإذا لم

....

عيباً لا يرده ويرجع بالنقصان؛ الأصل أن القضاء بثمنين معاً مقابلاً بالمبيع الواحد جائز لأن اجتماع ثمنين في ذمة واحدة بمقابلة مبيع واحد على الترادف جائز بأن اشترى أحدهما وباعه من آخر ثم اشتراه منه. رجلان ادعى كل واحد عبداً في يد إنسان أنه باعه من ذي اليد وهو ينكر وإقاما البينة فعليه الثمنان، وكذلك لو قام كل واحد البينة أنه عبده باعه منه وقد نتج عنده الدعوى وقعت في الثمن لا في المبيع لأن المبيع متى كان مسلماً لا تقبل البينة على البيع لإثبات الملك فيه لاستغنائه عنه لأنه إنما يفتقر إليه فيما يقدر على تسليمه فيستوجب الثمن على المشتري وقد استغنى عن تسليمه وتمامه فيه، وفي تلخيص الجامع من الشهادات في البيوع: القضاء بثمنين معاً في عين جائز ومبيعين لا إلى أن فرع على الأول لو اطلع على عيب رده على أيهما شاء، ولو حدث به عيب عنده رجع بالنقصان على أيهما شاء لا عليهما. ثم اعلم أن البيع مانع من الرجوع بالنقصان مطلقاً سواء كان بعد حدوث نقص عند المشتري أو قبله إلا إذا كان بعد زيادة كما سيأتي ولذا قال في المحيط: ولو أخرج المبيع عن ملكه بحيث لا يبقى لملكه أثر، بأن باعه أو وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان، وكذا لو باع بعضه، وإن تصرف تصرفاً لا يخرجه عن ملكه بأن أجره أو رهنه أو كان طعاماً فطبخه أو سويقاً فلته بسمن أو بناء في العرصة ونحوه ثم علم بالعيب فإنه يرجع بالنقصان إلا في الكتابة اهـ. وذكر هنا مسألتين في فروق الكرابيسي من أول كتاب الوكالة قال: رجل اشترى جارية فقبضها فباعها من غيره وقبضها الثاني ثم اشتراها المشتري الأول من المشتري الثاني وقبضها ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول فإن المشتري الأول لا يرد لا على البائع الأول ولا على المشتري الثاني لأنه لا يفيد لأن قرار الرجوع عليه والوكيل بالشراء إذا سلمه إلى الموكل ثم اشتراه منه فوجد به عيباً يرده على البائع لأن قرار الرجوع ليس عليه بل على

يحلف يرجع المشتري عليه بنقصان هذا العيب هذا ما ظهر والله أعلم. قوله: **(وكذا لو باع بعضه)** قال الرملي: أي امتنع الرجوع بالنقصان. وفي الولوالجية في مسألة أكل بعض الطعام: وإن باع نصفه يرد ما بقي عند محمد أيضاً وعليه الفتوى، ولا يرجع بنقصان ما باع لأن البيع قطع الملك فتنقطع أحكامه فصار بمنزلة ما لو اشترى غلامين فقبضهما فباع أحدهما ثم وجد بهما عيباً يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع بالإجماع فكذا هنا عند محمد اهـ. وفي المجتبى: أكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي عند محمد وبه يفتي، وإن باع نصفه لا يرجع بنقصانه ويرد ما بقي وبه يفتي أيضاً، وسيأتي في هذا الشرح في مسألة أكل بعض الطعام أن الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان ورد ما بقي كما في الخلاصة اهـ. ومثل ما في الخلاصة في النهاية وغاية البيان. وفي جامع الفصولين رامزاً للخانية: وعن محمد رحمه الله تعالى لا يرجع بنقص ما باع ويرد الباقي بحصته من الثمن وعليه الفتوى اهـ. والحاصل أنه إذا باع بعض الطعام لا يرجع بنقصانه، نعم له رد الباقي

عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب أو مات العبد أو أعتقه وإن أعتقه على مال أو

البائع الأول اهـ. وفي الولوالجية: وإذا طعن المشتري بعيب فصالحه على شيء أخذه أو حط من ثمنه شيئاً فإن كان يقدر على رد المبيع والمطالبة بأرش العيب فالصلح جائز، وإن لم يقدر فالصلح باطل نحو أن يكون المشتري باع المعيب لكونه أبطل حقه في الرد متى باعه اهـ قوله: **(ولو قطعه وخاطه أو صبغه أو لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب)** لامتناع الرد بسبب الزيادة لأن لا وجه للفسخ في الأصل دونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً، وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً للمبيع. وعلى هذا قلنا إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيراً يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة، وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه، وهذا معنى ما في الفوائد الظهيرية من أن الأصل أن كل موضع يكون المبيع قائماً على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان، وكل موضع يكون المبيع قائماً على ملكه ولا يمكنه الرد، وإن قبله البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان اهـ. لكن وقع التقييد بالخياطة في الثوب الموهوب للولد في الهداية وهو احترازي في الكبير اتفاقي في الصغير فإنه بمجرد القطع له صار ملكاً له فلا رجوع. وفي الكبير القطع والخياطة على ملك نفسه فلما دفعه إليه بعدها أخرجه عن ملكه بعد امتناع رده شرعاً فرجع؛ كذا في المعراج وسيأتي إن شاء الله تعالى في الهبة أنه لو اتخذ لولده الصغير ثياباً يملكه وفي الكبير بالتسليم وليس كالطعام يأكله على ملك أبيه لأن الأمر إذا توجه إلى وجوه فأولاها بالحكم أغلبها تعارفاً وإلا غلب البر والصلة إلا إذا علم بالدليل كونه إعارة كالإشهاد عند الاتخاذ لعدم الاعتبار بالدلالة عند التعارض؛ كذا في هبة البزازية وقبلها: اتخذ لولده ثياباً ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية اهـ. فعلى هذا لو صرح بأنها عارية لا يسقط حقه في الرجوع بنقصان العيب إذا خاطه لولده الصغير. أطلق الصبغ فشمل كل لون ولكن في السراج الوهاج أو صبغه يعني أحمر فإن صبغه أسود فكذلك عندهما لأن السواد عندهما زيادة، وعند أبي حنيفة السواد نقصان فيكون للبائع أخذه اهـ. وفي المصباح: لت الرجل السويق لتاً من باب قتل بله بشيء من الماء وهو أخف من البس اهـ. وقد أشار المصنف إلى أن الزيادة المتصلة بالمبيع التي لم تتولد من الأصل مانعة من الرد كالغرس والبناء وطحن الحنطة وشيء

بخلاف ما إذا أكل بعضه فإنه يرجع بنقصانه ويرد ما بقي، والفرق كما في الولوالجية أنه بالأكل تقرر العقد فتقرر أحكامه، وبالبيع ينقطع الملك فتنقطع أحكامه قال: فصار بمنزلة ما لو اشترى غلامين فقبضهما وباع أحدهما ثم وجد بهما عيباً يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع بالإجماع فكذا هنا عند

....

اللحم وخبز الدقيق. وفي فتح القدير: وفي كون الطحن والشيء من الزيادة المتصلة تأمل اهـ. وقيد بها لأن الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لأنها تمحضت تبعاً للأصل لتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلاً، ولم يتكلم على الزيادة المنفصلة بقسميها متولدة وغير متولدة فالمتولدة كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والأرش والعقر وهي تمنع الرد كالمتصلة غير المتولدة لتعذر الفسخ عليها، ففي فتح القدير: فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعاً وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن، وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصة من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، فإذا كانت قيمته ألفاً وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة اهـ. وهو سهو لأنه غير مناسب لقوله أولاً وهي تمنع الرد فكيف يقول إذا كان قبل القبض له ردهما وإن كان بعده فله رد المبيع خاصة فعلى كل حال لا يمتنع الرد، وإنما يناسب هذا التقرير لو قلنا إنها لا تمنع الرد. وفي البزازية: إذا حدثت الزيادة بعد القبض واطلع على عيب عند البائع، فإن كانت منفصلة متولدة من الأصل تمنع الرد ويرجع بحصة العيب إلا إذا تراضيا على الرد فيكون كبيع جديد اهـ. وأما ما في فتح القدير من التقرير فإنما ذكره في البزازية فيما إذا حدثت الزيادة قبل القبض ثم اطلع على عيب، فإن كان الإطلاع عليه قبل القبض خير كما ذكره، ولو بعد القبض رد المبيع خاصة بحصته من الثمن. وفي الصغرى: والزيادة المنفصلة تمنع الرد بالإجماع. وهل تمنع الاسترداد؟ فعلى الاختلاف عند محمد يسترد، وعندهما لا. وفي الولوالجية: وتفسير العقر مهر مثلها عند بعضهم، وقال بعضهم عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً. وذكر قبله الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب بعد القبض وسائر أسباب الفسخ كالإقالة والرد بخيار رؤية وغيره اهـ. وفي القنية: الزيادة

محمد اهـ. قوله: (وهو سهو لأنه غير مناسب الخ) قال في النهر وأقول: بل هو الساهي إذ معناه تمنع رد الأصل وحده بخلاف غير المتولدة وقد أفصح عن ذلك في العناية حيث قال: وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجاناً بخلاف الولد. والفرق أن الكسب ليس بمبيع بحال مّا لأنه تولد من المنافع والمنافع غير الأعيان والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن يسلم له مجاناً لما فيه من الربا، والتفصيل بين كونه قبل القبض أو بعده مذكور في البزازية وغيرها اهـ. وقال الرملي أقول: قوله «بل هو الساهي» هو السهو وليس في كلام العناية إفصاح عنه بل الفرق بين المتولدة وغير المتولدة أن المتولدة لما كان لها حكم المبيع امتنع الرد لأنه لو ساغ معها الرد لرد الأصل دون الزيادة وهو غير جائز لما فيه من الربا بخلاف غير المتولدة إذ ليس لها حكم المبيع لأنها متولدة من المنافع والمنافع حكمها أنها لا تتقوم بنفسها بخلاف الأعيان فإنها متقومة بنفسها فافترقا في الحكم، فكانت المتولدة مانعة لهذه العلة

....

في المبيع إما قبل القبض أو بعده، وكل منهما على أربعة أوجه: متصلة ومنفصلة وكل منهما إما متولدة أم لا. فأما قبل القبض فالمتصلة المتولدة لا تمنع، والمتصلة غير المتولدة تمنع، وأما المنفصلة المتولدة لا تمنع فإن شاء ردهما أو رضي بهما بجميع الثمن. ولو وجد بالزيادة عيباً لا يردها إلا إذا أوجب نقصاناً في المبيع فله خيار الرد لنقصان المبيع، ولو قبض الزيادة والأصل ثم وجد بالمبيع عيباً برده بحصته من الثمن لأنه صار حصة للزيادة بعد قبضها، ولو وجد بها عيباً خاصة يردها خاصة بحصتها من الثمن. وأما المنفصلة التي لم تتولد منه كالهبة والصدقة الكسب فلا تمنع الرد فإذا رده فالزيادة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة ولا تطيب له، وعندهما للبائع ولا تطيب له. ولو قبض المبيع مع هذه الزيادة ووجد بالمبيع عيباً فعند أبي حنيفة يرد المبيع خاصة بجميع الثمن، وعندهما يرد مع الزيادة لأنها حدثت قبل القبض. ولو وجد بالزيادة عيباً يردها لأن لا حصة لها من الثمن فلو ردها لردها بغير شيء، ولو هلكت الزيادة والمبيع بعيب يرده خاصة بجميع الثمن بالإجماع، وأما الزيادة بعد القبض فإن كانت متصلة متولدة تمنع الرد عندهما بالعيب ويرجع بنقصان العيب عندهما، وعند محمد لا يمنع (ط) لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية وللمشتري طلب نقصان العيب، فإن طلب فليس للبائع أن يقول أنا أقبله كذلك عندهما. وقال محمد: له ذلك. ولو كان متصلة غير متولدة تمنع الرد إجماعاً، ولو كانت منفصلة متولدة منه تمنع الرد ويرجع بحصة العيب، ولو كانت منفصلة غير متولدة كالكسب لا تمنع الرد بالعيب وتطيب له الزيادة. هذا إذا كانت الزيادة قائمة، فإن هلكت ففيه ثلاثة أوجه: إما أن تهلك بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي. ففي الأول له رد الأصل، وفي الثاني خير البائع إن شاء قبله ورد الثمن وإن شاء رد حصة العيب، في الثالث لا رد لأن ضمانه كبقاء عينه ويرجع بحصة العيب اهـ. ولذا قال في المحيط: اشترى شاة حاملاً فولدت عند البائع ولم تنقصها الولادة لا خيار للمشتري، فإن

بخلاف غيرها تأمل. اهـ كلام الرملي. وأنت خبير بأن كلام العناية مفصح بامتناع رد الأصل وحده في المتولدة كما قال صاحب النهر، نعم حمل كلام الفتح على ما ذكر ينبو عنه التفصيل فيما قبل القبض وبعده تأمل. قوله: **(وفي البزازية الخ)** قصد به بيان مخالفته لما في الفتح فإنه في الفتح مشى على أن المنفصلة المتولدة بعد القبض لا تمنع الرد. وفي البزازية: صرح بأنها تمنع الرد ومثله ما نقله عن الصغرى والولوالجية وكذا ما سيأتي عن القنية قوله: **(وفي القنية الزيادة في المبيع أما قبل القبض أو بعده الخ)** حاصل ما ذكره من الأحكام أن الفرق بين الزيادة قبل القبض أو بعده في المنفصلة المتولدة وفيه التفصيل المار عن البزازية، وأما غير هذه الصورة فلا فرق بينهما. قوله: **(ولو قبض الزيادة والأصل)** لا يخفى أن الكلام فيما قبل القبض فلا يناسب ذكره هنا بل كان الأولى تأخيره. قوله: **(ولو وجد بالزيادة عيباً يردها)** كذا في النسخ والذي في القنية لا يردها وهو الصواب. قوله: **(وعند محمد لا يمنع)** في القنية بعد هذا ط مفردة وهي رمز للمحيط وقد سقطت من أغلب النسخ.

....

قبضهما فوجد بأحدهما عيباً يرده بحصته من الثمن لأنه قبضهما متفرقاً، ولو ولدت بعد القبض لا يرد لأن الزيادة الحادثة بعد القبض تمنع الرد واللبن كالولد اهـ. وفي جامع الفصولين: اعلم أن الزيادة نوعان: منفصلة ومتصلة، وكل منهما متولدة أولاً، فالمتصلة التي لم تتولد تمنع الرد وفاقاً وإن قبله البائع وله الرجوع بنقصه، والمتصلة المتولدة لا تمنع الرد في ظاهر الرواية، فإن أراد المشتري الرجوع بنقصه لا رده فله ذلك عند محمد لا عندهما، والمنفصلة المتولدة تمنع الرد وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ، والمنفصلة التي لم تتولد لا تمنع الرد والفسخ بسائر أسباب الفسخ ثم قال: الصحيح أن المتصلة لا تمنع الرد بالعيب، ولا فرق في كون الولد مانعاً من الرد بين ما إذا اشتراها حاملاً أو حائلاً فولدت عنده، فإذا ولدت الأمة امتنع ردها بعيب سواء هلك الولد أو لا بخلاف غيرها حيث لا يمنع رد الأم بعيب إذا هلك الولد إذ الولادة لا تنقص في غير بنات آدم، ولو شرى أمة حاملاً فولدت زال العيب ثم قال: خيار الرؤية والشرط يبطل بولادة الأمة مات الولد أو لا، والولد الميت والبيضة الفاسدة لا تبطل الخيار إلا إذا نقصت بالولادة اهـ. ثم اعلم أن خياطة الثوب كما تمنع رده بعيب تمنع الرجوع بثمنه عند استحقاقه، فلو اشترى قميصاً فقطعه وخاطه ثم برهن مستحق أن القميص له وقضى له به لم يرجع المشتري بالثمن على بائعه لكونه استحق بسبب حادث كما لو برهن أن الكلم له والآخر أن الدخريص له بخلاف ما إذا قطعه ولم يخطه فبرهن أن القميص له رجع بالثمن، وتمامه في تلخيص الجامع. قوله: **(أو مات العبد أو أعتقه)** يعني يرجع بالنقصان إذا اطلع على عيب به يعد موته أو إعتاقه، أما الموت فلأن الملك انتهى به والامتناع حكمي لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس أن لا يرجع لأن امتناع الرد بفعله فصار كالقتل، وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك وإنما يثبت فيه الملك موقتاً إلى الإعتاق فكان إنهاء كالموت. وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باقٍ والرد متعذر، والدليل على ثبوت أصل الملك مع الاعتاق ثبوت الولاء للمعتق وهو أثر من آثار الملك. وفي الصغرى: المشتري إذا باع من غيره فمات في يد الثاني ثم إطلع على عيب رجع بنقصان العيب على المشتري الأول، وليس للمشتري الأول أن يرجع على بائعه الأول بنقصان العيب عند أبي حنيفة خلافاً لهما حتى لو صالح

قوله: **(إلا إذا نقصت بالولادة)** أي نقصت الدجاجة. قوله: **(يعني يرجع بالنقصان إذا اطلع على عيب به بعد موته)** قال الرملي: وكذا إذا اطلع قبله ولم يرض به إذ الموت يثبت الرجوع فيه مطلقاً، سواء علم بالعيب قبله ولم يرض به أو بعده. قال في النهر: ولا فرق في هذا بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبله، ولو قال أو هلك المبيع لكان أفود إذ لا فرق بين الآدمي وغيره ومن ثم قال في الفصول: ذهب به إلى بائعه ليرده بعيبه فهلك في الطريق يهلك على المشتري ويرجع بنقصه اهـ.

....

المشتري الأول مع بائعه عن ذلك على شيء لا يصح عند أبي حنيفة لأنه لا حق له اهـ؛ كذا في الكافي. وقد يقال: ما المانع من جعله من آثار العتق؟ ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى توابع الإعتاق وفيها تفصيل، فالتدبير والاستيلاد كالعتق لتعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي، وأما الكتابة فمانعة من الرجوع لجواز النقل لجواز بيعه برضاه وتعجيزه نفسه فصار بها حابساً كالإعتاق على مال. وقيد في السراج والوهاج بأداء بدل الكتابة ليعتق ليصير عتقاً على مال اهـ. وفي المحيط: مكاتب اشترى أباه أو ابنه لا يرده بالعيب لأنه صار مكاتباً والكتابة تمنع زوال الملك بسائر الأسباب فكذلك الفسخ، ولا يرجع بنقصانه لأن الرجوع بالنقصان خلف عن الرد بدليل أنه لا يصار إليه مع القدرة على الرد وإنما يثبت الخلف إذا وقع اليأس عن الأصل ولم يقع لقبولها الفسخ بخلاف ما إذا دبره ثم وجد به عيباً، فإن عجز المكاتب بعدما علم بالعيب رده المولى ويتولاه المكاتب لزوال المانع، فإن باعه المولى أو مات المكاتب رده المولى بنفسه كالوكيل إذا مات فإن أبرأه المكاتب قبل العجز لا يرده المولى، وإن أبرأه المولى قبل عجز المكاتب جاز. ولو اشترى المكاتب أم ولده ومعها ولدها لا يردها بالعيب ويرجع بنقصانه، ولو أبرأه المكاتب جاز. ولو اشترى المولى من مكاتبه عبداً لا يرده بالعيب ولا يخاصم البائع اهـ. ولو قال المؤلف أو هلك المبيع ليتناول هلاك غير الآدمي لكان أولى. وفي القنية: اشترى جداراً مائلاً فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان. وفي جامع الفصولين: ذهب به إلى بائعه ليرد بعيبه فهلك في الطريق هلك على المشتري ويرجع بنقصه، وقدمنا حكم ما إذا قضى برده على البائع بعيبه فهلك عند المشتري. والحاصل أن هلاك المبيع ليس كإعتاقه فإنه إذا هلك المبيع يرجع بنقصان العيب، سواء كان بعد العلم به أو قبله. وأما الإعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله، وليس الإعتاق كاستهلاكه فإنه استهلكه فلا رجوع مطلقاً إلا في الأكل عندهما، وقيل غير مانع من الرجوع بنقصه أيضاً لوجوب الضمان به فهو كبيعه؛ كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: ولو شرى بعيزاً فلما أدخله في داره سقط فذبحه رجل بأمر المشتري فظهر عيبه يرجع بنقصه عندهما، وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاماً، ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه هو أو غيره بأمره لا يرجع اهـ. وفي الواقعات: الفتوى على قولهما في الأكل فكذا هنا وفيه: ولو اشترى

أقول: قوله «بعد رؤية العيب» يعني ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا به. قوله: **(لأن الرجوع بالنقصان خلف عن الرد الخ)** هذا التعليل يفيد عدم اشتراط أداء البدل كما لا يخفى ولذا قال في النهر قال الشارح: ولو عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزوال المانع كما لو اطلع على عيب في العبد الآبق لا يرجع بشيء لأن الرجوع خلف عن الرد فلا يصار إلى الخلف ما دام حياً فإذا رجع رده لزوال المانع، وبه اندفع ما في السراج من تقييد الكتابة بأداء بدلها ليصير كالعتق على مال إذ لو صح

قتله أو كان طعاماً فأكله أو بعضه لم يرجع بشيء ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزاً فوجده

براً على أنه ربيعي فزرعه فإذا هو خريفي اختار المشايخ أنه يرجع بنقص العيب وهو قولهما بناء على ما إذا اشترى طعاماً فأكله فظهر عيبه والفتوى على قولهما. ولو اشترى بزراً على أنه بزر بطيخ كذا فزرعه فظهر على صفة أخرى جاز البيع لاتحاد الجنس من حيث إنه بطيخ، واختلاف الصفة لا يفسد العقد، ولا يرجع بنقص العيب عند أبي حنيفة. شرى على أنه بزر بطيخ شتوي فزرعه فإذا هو صيفي بطل البيع فيأخذ المشتري ثمنه وعليه مثل ذلك البزر. ولو شرى بزر الدوين فزرعه في أرضه ولم ينبت رجع على بائعه بكل ثمنه إن كان لنقصان فيه، وكذا لو شرى بزر البطيخ فزرعه فنبت القثاء أو شرى بزر القثاء فوجده بزر القثاء البلخي بطل البيع جملة. شرى حب القطن فزرعه ولم ينبت قيل يرجع بنقص عيبه، وقيل لا يرجع لأنه أهلك المبيع اهـ. وفي القنية: باع منه دخناً للبذر وقال ازرعه فإن لم ينبت فأنا ضامن لهذا البذر فزرع فلم ينبت فعليه ضمان النقصان اهـ. وأشار بالإعتاق إلى الوقف فإذا وقف المشتري الأرض ثم علم بالعيب رجع بالنقص، وفي جعلها مسجداً اختلاف والمختار الرجوع بالنقص؛ كذا في جامع الفصولين وعليه الفتوى كما في البزازية. وإذا رجع بالنقصان سلم له لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف؛ كذا في البزازية أيضاً قوله: (**وإن أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاماً فاكله أو بعضه لم يرجع بشيء**) أما الأول فلأنه حبس ما هو بدله وحبس البدل كحبس المبدل منه، وقدمنا أن الكتابة بمعناه فلا رجوع. وأما قتله وأكل الطعام فالمراد إتلاف المبيع من المشتري مانع من الرجوع بنقصان العيب وهو ظاهر الرواية لأن القتل لا يوجد إلا مضموناً وإنما يسقط هنا باعتبار الملك إن لم يكن مديوناً، فإن كان مديوناً ضمنه السيد؛ كذا في الكافي. فصار كالمستفيد به عوضاً بخلاف الإعتاق فإنه لا يوجب ضماناً وقتل غيره مانع من الرجوع بنقصه أيضاً لوجوب الضمان به فهو كبيعه؛ كذا في السراج الوهاج. وأما الأكل فالمذكور قوله، وأما عندهما فيرجع استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق، لهما أنه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله له فأشبه الإعتاق، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصوداً ألا ترى أن المبيع إنما يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع وأكل البعض كأكل الكل لكونه كشيء واحد فصار كبيع البعض، وعنهما يرجع بالنقصان في الكل، وعنهما يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى؛ كذا في الاختيار. والحاصل أن

هذا لما تصور عجزه كما لا يخفى اهـ. قوله: (**وأما عندهما فيرجع استحساناً**) قال بعض الفضلاء: الذي في الهداية والعناية والفتح والتبيين أن الاستحسان عدم الرجوع وهو قول الإمام فليحرر اهـ. أقول: ما هنا ذكره صاحب الاختيار. قوله: (**وعنهما يرجع بالنقصان في الكل**) أي في مسألة أكل البعض وهو معنى قوله «وأكل البعض كأكل الكل» وعلى هذه الرواية لا يرد ما بقي. قوله:

....

الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة ورد ما بقي قالوا: والأصل في جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان، ومتى امتنع لا من جهته أو من جهته بفعل مضمون كالهلاك بآفة سماوية أو انتقص أو ازداد زيادة مانعة للرد أو الإعتاق أو توابه كالتدبير والاستيلاد لا يمتنع الرجوع بالنقصان، وعلى هذا قال البزازي: لو وطئ المشتري الجارية ثم باعها بعد العلم بالعيب لا يرجع، وإن وطئها غير البائع ثم باعها يرجع بالنقصان اهـ. وفي المجتبى: لو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشيء، ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لأن ملكه باقٍ. ولو اشترى سمناً ذائباً وأكله ثم أقر البائع أنه كانت وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتي. وفي الكفاية: كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب إذا وجد في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا أرش اهـ. وفي القنية: ولو كان غزلاً فنسجه أو فيلقاً فجعله إبريسماً ثم ظهر أنه كان رطباً وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا باع اهـ. قيد بالطعام لأنه لو اشترى كرماً بثمره وذكر الثمر وأكل منها ثم وجد بالكرم عيباً فله رد الكرم؛ كذا في القنية. وقيد بكونه فعل بالمبيع لأنه لو أتلف كسب المبيع بعد العلم بالعيب لا يكون رضا ولا يسقط شيء من الثمن، وكذا لو كان كسب المبيع جارية فوطئها أو حررها بخلاف إعتاق ولد المبيعة فإنه يكون رضاً بعد العلم بالعيب؛ كذا في البزازية قوله: **(ولو اشترى بيضاً أو قثاء أو جواز فوجده فاسداً ينتفع به رجع بنقصان العيب وإلا بكل الثمن)** أي إن لم يكن منتفعاً به فإن يرجع بجميع الثمن لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً، ولا يعتبر في الجواز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار اللب، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان

(والحاصل أن الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان) أي في مسألة أكل الكل ولبس الثوب حتى تخرق. وقوله «ورد ما بقي» أي في مسألة أكل البعض وقد مر عن الرملي أن مثل ما في الخلاصة مذكور في النهاية وغاية البيان، ومثله في الخانية أيضاً حيث قال: وإن اشترى طعاماً فأكل بعضه ثم علم بعيب كان عند البائع فإنه لا يرد الباقي. وقال محمد: يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل ويعطي لكل بعض حكم نفسه وعليه الفتوى. وهذا لو كان الطعام في وعاء واحد، فلو في وعائين فأكل ما في أحدهما أو باعه له رد الباقي بحصته في قولهم لأن المكيل والموزون بمنزلة أشياء مختلفة فكان الحكم فيه ما هو الحكم في العبدين والثوبين ونحو ذلك اهـ. قال في النهر: لكن جعل صاحب الهداية قوله استحساناً مع تأخيره، وجواب عنه دليلهما يقرر مخالفته في كون الفتوى على قولهما اهـ. وهذا الاستدراك مأخوذ من الفتح ويؤيده ما في الذخيرة حيث قال: ولو ولبس الثوب حتى تخرق من اللبس أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب به قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يرجع بنقصان

فاسداً ينتفع به رجع بنقصان العيب وإلا بكل الثمن ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضاه لا ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن ولكن

العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان إلا أن يقبلها البائع مكسوراً ويرد الثمن كما في البزازية. ولا بد من تقييد المسألة بكسره لأنه لو اطلع على عيبه قبل كسره كان له رده، فلو قال فكسره فوجده فاسداً أيضاً لكان أولى. ولا بد أيضاً من أن لا يتناول منه شيئاً بعد العلم بعيبه لأنه لو كسره فذاقه ثم تناول منه شيئاً لم يرجع بنقصانه لرضاه به، وينبغي جريان الخلاف فيها كما لو أكل الطعام. وأطلق في الانتفاع فشمل انتفاعه به وانتفاع غيره من الفقراء والدواب علفا لهم. وأطلق البيض واستثنوا منه بيض النعامة إذا وجده فاسداً بعد الكسر فإنه يرجع بنقصان العيب لأن ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره. وقيد بوجود المبيع أي جميعه لأنه لو وجد البعض منه فاسداً فإن كان قليلاً جاز البيع لعدم خلوه عنه عادة ولا خيار له، وإن كان كثيراً فالصحيح عنده البطلان. وعندهما يجوز في حصة الصحيح منه، والقليل الثلاثة وما دونها في المائة، والكثير ما زاد، والفاكهة من هذا القبيل؛ كذا في المعراج. وفي فتح القدير: ولو اشترى دقيقاً فخبز بعضه وظهر أنه مرّ ردّ ما بقي ورجع بنقصان ما خبز اهـ. وفي الواقعات: وهو المختار. ولو قال المصنف فوجده معيباً لكان أولى لأن من عيب الجوز قلة لبه وسواده كما في البزازية. وصرح في الذخيرة بأنه عيب وليس من باب الفساد وفيها: اشترى عدداً من البطيخ أو الرمان أو السفرجل فكسر واحداً واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لا غير ولا يرد الباقي إلا أن يبرهن أن الباقي فاسد اهـ. ولهذا قال «فوجده» أي المبيع احترازاً عما إذا كسر البعض فوجده فاسداً فإنه يرده أو يرجع بنقصه فقط ولا يقيس الباقي عليه قوله: **(ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرد على بائعه ولو برضاه لا)** أي لا يرده على بائعه الأول لأنه بالقضاء فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن. غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء كما في الهداية، ومنهم من جعله قول أبي يوسف. وعند محمد ليس له أن يخاصم بائعه لتناقضه، وعامتهم على أنه إن سبق منه جحود نصاً بأن قال بعته وما به هذا العيب وإنما حدث عندك ثم رد علي بقضاء ليس له أن يخاصم بائعه، ومنهم من حملها على ما إذا كان ساكناً والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت أيضاً لتنزيله منكراً؛ كذا في المعراج. أطلقه فشمل القضاء بإقرار وببينة ونكول عن اليمين. ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة كما في الهداية، أو أقر وأبى القبول فقضى عليه

العيب. وقالا: يرجع. والصحيح قول أبي حنيفة اهـ. وقال العلامة قاسم: لم تتفق المشايخ على اختيار قولهما بل من نظر إلى ثبوت الرواية وقوة الدليل صحح قول الإمام، ومن نظر إلى الرفق بالناس اختار قول محمد اهـ. قوله: **(وينبغي جريان الخلاف فيها كما لو أكل الطعام)** كذا قاله الزيلعي واعترضه بعض الفضلاء بأن الخلاف في الطعام إذا علم العيب بعد الأكل لا قبله. قوله:

....

كما في الكافي. وصورة الإقرار أن يقول اشتريته وبه ذلك العيب ولم أعلم به وقضى به ثم ادعاه على بائعه وبرهن ببينة أو استحلف بائعه؛ كذا في الولوالجية. وليس المراد منه أنه بمجرد القضاء عليه بإقراره يرده فليتأمل. وإن قبله بغير قضاء ليس له رده على بائعه لأنه بيع جديد في حق الثالث وإن كان فسخاً في حقهما والأول ثالثهما. وأطلقه فشمل ما يحدث مثله، وما لا يحدث مثله وهو قول العامة، وتقييده في الجامع الصغير بما يحدث ليعلم حكم ما لا يحدث بالأولى، وفي بعض روايات الأصل أن ما لا يحدث مثله فالرضا به كالقضاء. وترك المصنف قيداً آخر وهو أن يكون بعد قبض المبيع لأنه لو كان قبل قبضه فهو فسخ في حق الكل، سواء كان بقضاء أو رضا؛ كذا في المعراج معزياً إلى المبسوط. وقيد آخر وهو أن يكون البيع قبل الإطلاع على العيب إذا لو كان بعده ليس له الرد على بائعه ولو رد عليه بما هو فسخ؛ كذا في الصغرى. وأورد على كونه فسخاً مسائل: الأولى لو كان المبيع عقاراً فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع في الشفعة. الثانية لو باع أمته الحبلى وسلمها ثم ردت بعيب بقضاء ثم ولدت فادعاه أبو البائع لم تصح دعوته ولو كان فسخاً لصحت كما لو لم يبعها. الثالثة لو أحال البائع غريمه على المشتري بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم تبطل الحوالة ولو كانت فسخاً لبطلت. وأجاب في المعراج بأنه فسخ فيما يستقبل لا في الأحكام الماضية ولهذا قال شيخ الإسلام: قول القائل الرد بالقضاء يجعل العقد كأن لم يكن تناقض لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لأن الفسخ بدون العقد لا يتصور، فإذا انعدم العقد من أصله انعدم الفسخ من الأصل، وإذا انعدم الفسخ من الأصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن في المستقبل لا في الماضي اهـ. والدليل على أن الفسخ إنما هو في المستقبل أن زوائد المبيع للمشتري ولا يردها مع الأصل ولهذا لو وهب مالاً قبل تمام الحول ثم رجع الواهب بعد الحول لا تجب الزكاة عليه فيما مضى؛ كذا في المعراج. ولو وهب داراً وسلمها فبيعت دار بجنبها فأخذها الموهوب له بالشفعة ثم رجع الواهب فيها لم يكن له الأخذ بشفعة؛ كذا في فتح القدير. وقد كتبنا في الفوائد أن الرد بالعيب بقضاء فسخ إلا في مسألة وإذا لم يرده في صورة الرضا لا رجوع له بالنقصان أيضاً كما في المعراج. وإذا كان له الرد فله الرجوع بالنقصان كما في التهذيب يعني لو حدث عيب ورده بقضاء فله الأرش ولو برضا لا. وقيد بالمبيع وهو العين احترازاً عن الصرف فإنه يجعل فسخاً إذا رد بعيب لا فرق بين القضاء والرضا لأنه لا يمكن أن يجعل بيعاً جديداً لأن الدينار هنا لا يتعين في العقود، فإذا اشترى ديناراً بدرهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد

(وليس المراد منه الخ) أي بل لا بد فيه من المخاصمة كما سيذكره في هذه السوادة. قوله: **(فيكون**

....

المشتري الثاني بالدينار عيباً ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يرده على بائعه لما ذكرنا كما في المحيط والخانية. وفي الكافي: المبيعان هنا واحد لأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فإذا رده على المشتري يرده على بائعه، أما هنا المبيعان موجودان فإذا قيل بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه اهـ.

وذكر في الظهيرية ثم قال بعده: وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم له على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفاً فردها عليه بغير قضاء فله أن يردها على الأول اهـ. وخرج عن قوله بقضاء مسألة ذكرها في المبسوط: لو أقام المشتري الثاني أن العيب كان عند المشتري الأول ولم يشهد أنه كان عند البائع الأول فليس للمشتري الأول المخاصمة مع بائعة إجماعاً لأن المشتري الأول لم يصر مكذباً فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي إقراره بكونها سليمة فلا يثبت له ولاية الرد، ولكن لم يذكره محمد؛ كذا في فتح القدير. والمعراج. اعلم أن القن إذا حكم برده بعيب الإباق على بائعه فاشتراه آخر فأبق عنده فله الرد على بائعه بالإباق السابق المحكوم به كما في الظهيرية. وإقرار المشتري الأول بإباقه لا ينفذ على من لم يشتر منه من الباعة بخلاف إقرار البائع الأول بدين على العبد فإن للمشتري الآخر

المبيع ملك البائع) حق التعبير أن يقول «فيكون المعيب» تأمل. قوله: **(وعلى هذا إذا قبض رجل الخ)** قال في المبسوط: وإذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى أن الدراهم نبهرجة وأن الطعام معيب فالقول قوله لأنه منكر استيفاء حقه فإن ما في الذمة يعرف بصفة ويختلف باختلاف الصفة فلا مناقضة في كلامه، فاسم الدراهم يتناول النبهرجة، واسم الحنطة يتناول المعيب، وإن كان حين أشهد قال قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيف، وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفاً لم يصدق ببينة ولا غيرها لأنه قد سبق منه الإقرار بقبض الجياد فإن أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضاً في قوله وجدته زيوفاً، والمناقض لا قول له ولا تقبل بينته اهـ. كذا نقله الإمام الطرسوسي في أنفع الوسائل ثم قال: وإذا تقرر لنا هذا في الإجارة والأجرة عديناه إلى استيفاء الأثمان في البياعات والديون في المعاملات فإن العلة تجمع الكل فنقول إذا دفع إليه دراهم وهي ثمن متاع ثم جاء البائع وأراد أن يرد عليه شيئاً وأنكر المشتري أنه من دراهمه فإن كان البائع أقر بقبض الثمن لم يقبل قوله، ولا يلزم المشتري دفع عوضه، وينبغي أن البائع لو اختار تحليف المشتري أنه ما يعلم أن هذا من دراهمه يحلفه القاضي، فإن نكل يردها عليه، وإن كان البائع لم يقر بقبض الثمن أو الحق الذي على المشتري من جهة هذا البيع وإنما أقر بقبض دراهم مثلاً فالقول للبائع لأنه منكر استيفاء حقه، ولم يتقدم منه ما يناقض دعواه فيقبل قوله مع يمينه، وكذلك اليوم أيضاً. وهذا كله إذا كان الذي يرده زيوفاً أو نبهرجة، فإذا كان ستوقة لم يقبل قوله لأنه ناقض

....

أن يرده على بائعه بإقرار الأول كما فيها أيضاً. وفي التهذيب للقلانسي: لو وهب وسلم ثم رجع فيه بقضاء أو رضا فله الرد اهـ. ثم معنى قوله «يرد على بائعه» أن له أن يخاصم الأول ويفعل ما يجب أن يفعل عند قصد الرد ولا يكون الرد عليه رداً على بائعه بخلاف الوكيل بالبيع فإنه إذا رد عليه ما باعه بعيب بقضاء ببينة أو نكول أو بإقرار من المأمور بالبيع حيث يكون رداً على موكله من غير حاجة إلى خصومة لأن تعدادها عند تعدد البيع، وهنا البيع واحد فإذا ارتفع رجع إلى الموكل. وهذا الإطلاق قيده فخر الإسلام بعيب لا يحدث مثله، أما فيما يحدث مثله لا يرده بإقرار المأمور وإنما تعدى النكول إلى الموكل مع أنه إما إقرار أو بذل وليس له البذل لكونه ليس إقراراً ولا بذلاً حقيقة. وإنما جرى مجراه بدليل أنه لو عاد وحلف بعد نكوله صح، ولو كان إقراراً لم يصح وصح القضاء بنكول المأذون عنها، ولو كان بذلاً حقيقة لم يصح فلا يلزم اجراؤه في كل الأحكام. وفي الإيضاح: إن رد على الوكيل بعيب لا يحدث مثله بإقراره لا يرد وهو أوجه. وفي البزازية: والوكيل بالعيب رد عليه بعيب بلا قضاء اقتصر عليه وأن لا يحدث مثله في المدة هو الصحيح، وإن بقضاء ولا يحدث مثله في المدة ينظر جوابه والرد على الوكيل رد على الموكل مطلقاً، وإن يحدث مثله في المدة فإن بنكول أو ببينة فرد على الموكل، وإن بإقرار فعلى الوكيل وله أن يخاصم الموكل والوكيل بالشراء له أن يخاصم قبل الدفع إلى الموكل كالمضارب، فإن برهن البائع على رضا الآمر أو أقر به الوكيل سقط الرد ولا يحلف الآمر على الرضا ولا وكيله ويرده الموكل بعد موت الوكيل بعيب، وإذا رده المشتري على الوكيل استرد الثمن منه إن كان نقده إليه إلا فمن الموكل اهـ. وفي الولواجية: إذا رد على الوكيل بإقراره بالعيب بلا قضاء لزمه دون الموكل هو الصحيح مطلقاً، وظاهر ما في البزازية من الوكالة وهنا أن له أن يخاصم الموكل فليراجع. وقيد بخيار العيب

كلامه لأن الستوقة ليس من جنس الدراهم. وحاصل ما قالوه في تفسير ذلك أن الزيوف أجود الكل، وبعدها النبهرجة، وبعدها الستوقة فيكون الزيوف بمنزلة الدراهم التي يقبلها بعض الصيارف دون بعض، والنبهرجة ما يردها الصيارف وهي التي تسمى معيرة ولكن الفضة فيها أكثر، والستوقة بمنزلة الزغل وهي التي نحاسها أكثر من فضتها؛ فالزيوف والنبهرجة يكون القول فيهما قول القابض إذا لم يقر باستيفاء الحق أو الأجرة أو الجياد بل يكون أقر بقبض كذا من الدراهم ثم يدعي أن بعضها زيوف أو نبهرجة فيقبل قوله ويردها، وأما إذا قال إنها ستوقة بعد ما أقر بقبض الدراهم لا يقبل قوله ولا يردها اهـ. ما في أنفع الوسائل ملخصاً. قوله: **(ثم معنى قوله يرد على بائعه الخ)** قال الرملي: يعني أن القضاء على البائع الأخير بالرد ليس بقضاء على الباعة كلهم بخلاف الاستحقاق فإنه إذا حكم به على المشتري الأخير يكون حكماً على كل الباعة كما في جامع الفصولين وغيره. قوله: **(وظاهر البزازية)** إلى آخر ما مر عن البزازية صريح في ذلك لكن في الخانية: الوكيل بالبيع إذا باع ثم

يبرهن أو يحلف بائعه وإن قال شهودي بالشام دفع إن حلف بائعه فإن ادعى أباقاً لم يحلف

لأنه لو رد على المشتري بخيار رؤية أو شرط فإنه يرده على بائعه، سواء كان بقضاء أو رضا، لكونه فسخاً في حق الكل كما في المعارج والبزازية معزياً إلى الجامع. جدد البائع مع المشتري ثانياً بأقل من الثمن الأول أو أكثر ثم رد عليه بعيب لم يكن له أن يرد على بائعه الأول اهـ. وفي الصغرى: الغاصب إذا باع المغصوب وسلم فضمن القيمة للمالك ثم رد عليه بعيب فله أن يرد على المالك ويسترد القيمة لأن سبب الضمان البيع والتسليم وقد صار ذلك كأن لم يكن اهـ. وقيد بقوله «فرد» لأنه لو باعه فاطلع مشتريه على عيب قديم به لا يحدث مثله وحدث عنده عيب ورجع بنقصان العيب القديم، فعند أبي حنيفة لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب القديم، وعندهما له أن يرجع؛ كذا ذكره الاسبيجابي ومثله في الصغرى قوله: **(ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه)** أي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولاً ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع، ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضى به صوناً لقضائه. وتعبير المصنف بـ«لكن» أولى من تعبير الهداية بقوله «لم يجبر حتى يحلف بائعه أو يقيم بينة لما يلزم على ظاهرها فساد من وجهين: أحدهما أنه يقتضي أن المشتري إذا أقام بينة على ما ادعاه يجبر على دفع الثمن وليس كذلك. ثانيهما أنه يقتضي أن البائع إذا طلب منه الحلف يجبر المشتري وإن لم يحلف وليس كذلك، وإنما يجبر بعد الحلف. ولا يلزم شيء مما ذكرناه على عبارة الكتاب والمعنى ولكن الأمر لا يخلو من أحد شيئين: إما بينة المشتري فيتبين براءته بالرد على البائع، أو يمين البائع عند عجزه فيلزمه الدفع، ولكن بإقامة البينة لا يتعين رد الثمن بل إما هو أورد المبيع كما في العناية لأن العيب إذا ثبت خير المشتري فلم يتعين الفسخ وأحسن الوجوه في تأويل الهداية أن معنى عدم الجبر عدم الحكم بشيء حتى يتبين الحال إما ببينة المشتري أو بيمين البائع. وفي إيضاح الاصطلاح: إقامة المشتري بينة على دعواه غاية لتعين عدم الجبر كالتحليف لا لعدم الجبر حتى يلزم الجبر على دفع الثمن عند إقامة البينة على العيب. وإنما قلنا إنه غاية لتعيين عدم الجبر لاحتمال عدم قبول البينة فيجبر المشتري على دفع الثمن، ويحتمل أن تقبل فيبقى عدم الجبر كما كان ونظيره قوله ﷺ «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر» فإن

خوصم في عيب فقبل المبيع بغير قضاء لزم الوكيل ولا يلزم الموكل ولا يكون للوكيل أن يخاصم الموكل، فإن خاصمه وأقام البينة على أن هذا العيب كان عند الموكل لا تقبل بينته لأن الرد بالعيب بغير قضاء بمنزلة الإقالة فيجعل في حق الموكل كأن الوكيل اشتراه من المشتري. هذا إذا كان عيباً يحدث مثله فلو قديماً لا يحدث مثله ففي بعض روايات البيوع أنه يلزم الآمر، وفي عامة روايات البيوع والرهن والوكالة والمأذون أنه يلزم الوكيل دون الموكل وهو الصحيح وبه أخذ الفقيه أبو بكر

بائعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك قط والقول في قدر

سماع كلام الآخر غاية لتعين عدم القضاء لا لعدم القضاء حتى يتعين القضاء لأحدهما عند سماع كلام الآخر اهـ. وقيد بقبض المبيع لأن المشتري يستبد بالفسخ قبل القبض كما ذكرنا ولا جبر ها هنا؛ كذا في المعراج. وقد يقال إنه اتفاقي لأن للبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فإذا طالبه به قبل قبضه فادعى عيباً لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضاً. وفي الصغرى: إذا قال المشتري وجدت المبيع معيباً لا يجبر على أداء الثمن حتى يقيم البينة أو يحلفه، وكذا المديون إذا ادعى إيفاء الدين اهـ قوله: **(وإن قال شهودي بالشام دفع حلف بائعه)** لأن في الانتظار ضرراً بالبائع وليس في الدفع كبير ضرر به لأنه على حجته فإن نكل التزم العيب لأنه حجة منه وتحليف البائع في المسألتين إنما هو فيما إذا أقر بقيام العيب به ولكن أنكر قدمه لما سيأتي. والمراد بقوله شهودي بالشام أنه قال إن له بينة غائبة عن المصر سواء كانوا بالشام أو بغيرها، والشام بلاد من مسامة القبلة وسميت لذلك أو لأن قوماً من بني كنعان تشاءموا إليها أي ساروا أو سمي بشام بن نوح فإنه بالشين بالسريانية أو لأن أرضها شامات بيض وحرم وسود وعلى هذا لا يهمز وقد يذكر، وهو شامي وشآم وشآمي، وأشام أتاها، وتشأم انتسب إليها، وشامهم تشئيماً سيرهم إليها؛ كذا في القاموس. وقيد بدعواه غيبتهم عن المصر لأنه لو قال لي بينة حاضرة أمهله القاضي إلى المجلس الثاني إذ لا ضرر فيه على البائع، ولو طلب الإمهال إلى ثلاثة أيام أمهله، وإذا حلف بائعه في مسألة الكتاب وقضى بالدفع عليه ثم وجد المشتري بينة فأقامها تقبل، وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة لأن ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن إلى غاية حضور الشهود بالمسقط. ولا خلاف في مثله أعني ما إذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل، وأما إذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم أتى ببينة في أدب القاضي تقبل في قول أبو حنيفة، وعند محمد لا تقبل؛ كذا في فتح القدير. وستأتي بشعبها في كتاب الدعوى قوله: **(فإن ادعى إباقاً لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك قط)** أي إذا ادعى عيباً يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثه فلا بد من إقامة البينة أولاً على قيامه بالمبيع مع

البلخي لأن الرد بغير قضاء في حق الموكل بمنزلة الإقالة، سواء كان العيب قديماً أو لا الخ. قوله: **(وتحليف البائع في المسألتين)** أي في هذه والتي قبلها ومراده دفع المنافاة بين قوله «يحلف بائعه» وبين قوله الآتي في دعوى الإباق «لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري الخ» فإن ما يأتي من إفراد دعوى العيب وبيان الدفع أن محمل ما هنا من المسألتين على ما إذا أقر بقيام العيب عند المشتري ولكن أنكر قدمه فلا يحتاج إلى برهان المشتري على قيام العيب عنده نفسه، وما سيأتي من دعوى الإباق على ما إذا أنكر قيامه عند المشتري. واعترضه في النهر بأنه مما لا دليل في كلامه عليه قال: وقد ظهر لي أن

....

قطع النظر عن قدمه وحدوثه لينتصب البائع خصماً فإن لم يبرهن لا يمين له على البائع عند الإمام على الصحيح، وعندهما يحلف على نفي العلم لأن الدعوى معتبرة حتى تترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف. وله أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح إلا من خصم ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب. وأورد عليه لزوم ذلك في دعوى الدين مع أنه في دعوى الدين يأمر القاضي المدعى عليه بالجواب قبل ثبوت أصل الدين مع أن فراغ الذمة عن الدين أصل والشغل عارض كالعيب عارض. وأجيب: لو شرط إثباته لم يتوصل المدعي إلى إثبات حقه لأنه ربما تعذرت عليه بخلاف العيب لأنه مما يعرف بآثار تعاين أو بقول الأطباء أو القابلة؛ كذا في المعراج. والحاصل أنه لا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين فقد ذكر في القنية المواضع التي يكون الإنسان فيها خصماً بالبينة دون اليمين وكتبناها في الفوائد، ولأن التحليف إنما شرع لقطع الخصومة لا لأنشائها. ولو استحلف البائع فحلف نشأت خصومة أخرى في قدمه وحدوثه، وأورد الشارح على هذا التعليل مسألة الشفعة فإن المشتري إذا أنكر ملك الشفيع يحلف، فإذا حلف نشأت خصومة أخرى في الشراء والإيراد على هذا التعليل لا يضر في صحة الدليل السابق مع كونه مردوداً من جهة أخرى هي أنه لا يضر أن تنشأ خصومة أخرى من اليمين وكثيراً ما يقع ذلك في الخصومات، ولم يظهر للمحقق ابن الهمام ما نقلناه عن المعراج من الفرق بين دعوى العيب ودعوى الدين فقال: إنه يلزمه الجواب للدعوى فيهما وعلى المدعي البرهان فيهما فالوجه التسوية بينهما في اليمين أيضاً فيحلف البائع كما هو قولهما. وقوله على قول البعض ولذا قالوا: إن القاضي يسأل البائع فإن أقر بقيامه توجهت الخصومة في القدم والحدوث وهو يدل على أنه يلزمه الجواب فالفرق بينهما غلط. ثم اعلم أن الإمام يصح بيعه للغنائم ولو في دار الحرب كما في التلخيص وشرحه. وقولهم لا يصح بيعها قبل القسمة وفي دار الحرب محمول على غير الإمام وأمينه، فلو اطلع المشتري على عيب لا يرده على البائع لأن تصرفه حكم ولكن ينصب الإمام رجلاً للخصومة معه ولا يقبل إقراره بالعيب ولا يمين عليه لو أنكر وإنما هو خصم لإثباته بالبينة كالأب ووصيه في مال الصغير بخلاف الوكيل فإن إقراره مقبول فيه. وإذا أقر منصوب الإمام بالعيب انعزل كالوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في غير مجلس القضاء فإنه

موضوع هذه المسألة في عيب لا يشترط تكراره كالولادة فإن ادعاه المشتري ولا برهان له حلف بائعه. وقوله بعد «ولو ادعى إباقاً» بيان لما يشترط تكرره وإلا كان الثاني حشواً فتدبره فإني لم أر من عرج عليه اهـ. قلت: وهذا التوفيق قد أشار إليه المؤلف بعينه بقوله فيما يأتي في الصفحة الثانية: وليس مراده خصوص عيب الإباق إلى آخره. وهو ما أشار إليه هنا بقوله لما سيأتي ولكن كان عليه أن يقول وتحليف البائع في المسألة الآتية بدل قوله في المسألتين تأمل. قوله: **(لأنه قال أنها مما تطارحناه)**

....

وإن لم يصح لكنه ينعزل به، ثم إذا رد بالعيب فإنه يضم إلى الغنيمة إن كان قبل القسمة، وإن كان بعدها فإنه يباع بالثمن، فإن نقص الثمن أو زاد كان ذلك في بيت المال؛ كذا في التلخيص وشرحه. وبما ذكرناه من أن الأمين خصم في البينة ولا يمين عليه يقوي قول الإمام وليس مراده خصوص عيب الإباق بل كل عيب لا بد فيه من المعاودة عند المشتري لا بد من أسباب وجوده عند المشتري لتقع الخصومة في قدمه وحدوثه كالبول في الفراش والسرقة والجنون على المختار، وأما ما لا يشترط وجوده عند المشتري كولادة الجارية وزناها وتولد الرقيق من الزنا فإن البائع يحلف عليه ابتداء عند عدم البرهان. وتحليف البائع كما في الكتاب بالله ما أبق عندك قط عبارة بعضهم وعبارة الجامع الكبير بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا: وإن شاء حلفه بالله ما له عليك حق الرد من الوجه الذي يدعى به. وفي فتح القدير: وكل من هذه العبارات حسنة، بقيت عبارتان محتملتان بالله لقد باعه وما به هذا العيب، وبالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب. ويرد على عبارة الكتاب أنه لا مخلص فيها للمشتري لأن العيب لو وجد عند بائع البائع يرده المشتري به كما في القنية والبزازية وذكره الزيعلي أيضاً. وظاهر ما في فتح القدير أنه لم يطلع هو وأصحابه على نقل فيها لأنه قال إنها مما تطارحناه إلى آخره. ولو حلف البائع بهذه العبارة لكان صادقاً لأنه ما أبق عنده قط، وكذا لو كان أبق من المورث أو الواهب أو مودعه أو مستأجره أو من الغاصب لا إلى منزل مولاه ويعرفه ويقوى على الرجوع فإنه عيب ففيه ترك النظر للمشتري، فلو حذف الظرف وقال بالله ما أبق قط لكان أولى لكن يرد عليها أيضاً ما لو كان أبق عند الغاصب إذا لم يعلم منزل مولاه أو لم يقدر على الرجوع إليه، وقدمنا أنه ليس بعيب ففيه ترك النظر للبائع، فإن أتى بالظرف كان فيه ترك النظر للمشتري، وإن حذفه كان فيه ترك النظر للبائع، فمن اختار حذف الظرف فر من محذور فوقع في آخر، ومن ذكره فكذلك. وأما العبارتان المحتملتان فيرد على الأولى منهما أنه لو كان باعه سليماً ثم حدث به عند البائع قبل التسليم فإنه يرده عليه مع أنه صادق في قوله باعه وما به هذا العيب، فإذا قال بائعه بالله لقد سلمته وما به هذا العيب اندفع الاحتمال المذكور. ويرد على الثانية أنها توهم تعلقه بالشرطين جميعاً فيتأوله الحالف في يمينه عند قيامه في إحدى الحالتين. وجوابه أن تأويله غير صحيح لأن البائع نفى العيب عند البيع

ونصه: واعلم إن مما تطارحنا أنه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبته يرد به لأنه معيب والعقد أوجب على هذا البائع السليم، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلف على العلم، وكذا في كل عيب يرد بتكرره اهـ. فالمتطارح ليس هو رده بهذا العيب فقد بل تحليفه على عدم العلم أخذاً من قولهم إنما يحلف على البتات لادعائه العلم به والغرض هنا أنه لا علم له به فتدبره؛ كذا أفاده في النهر.

....

وعند التسليم فلا يكون باراً في يمينه إذا كان موجوداً في أحدهما كما أشار إليه في المبسوط. والأسلم والأخلص عبارة الجامع وما يليها كما لا يخفى، وتعقب في المحيط عبارة الجامع بجواز رضا المشتري وابرائه. وفي البزازية: والاعتماد على المروي عن الثاني بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفاً على الحاصل اهـ. وصحح في المبسوط عبارة الجامع. وفي الهداية: إذا كان الدعوى في إباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ اهـ. ولا خصوصية للإباق بل كل عيب اختلف فيه الحال بين الصغر والكبر فالحكم كذلك كما في فتح القدير. والتحليف هنا بقوله ما أبق قط تحليف على البتات مع أنه على فعل غيره فمنهم من قال لكونه مدعياً العلم به، ومن ادعى علماً بفعل غيره فإنه يحلف على البتات لا على نفي العلم كالمودع إذا ادعى قبض المودع لها حلف على قبضه وهو فعل غيره، والوكيل إذا ادعى قبض الموكل ثمن ما باعه حلف الوكيل على قبض الموكل. ومنهم من قال: ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليماً وهو قول السرخسي. والأول أوجه فإن معنى تسليمه سليماً ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يسرق عندي فيرجع إلى الحلف على فعل الغير؛ كذا في فتح القدير. وأورد الإمام ظهير الدين على الأول فقال: إلا أن هذا لا يقوى بمسألتين: إحداهما باع رجلان عبداً من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما وورثة البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيباً فإنه يحلف في حصته بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد، وإن كان يدعي العلم بانتفائه. والثانية باع المتفاوضان عبداً وغاب أحدهما فادعى المشتري عيباً يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب وإن ادعى أن له علماً بذلك؛ كذا في المعراج. وفي فتح القدير: والوجه عندي أن يستشكل ما نحن فيه على هاتين المسألتين لا عكسه لأن تحليفه في نصفه على البتات وفي نصف الآخر على العلم وهو واحد هو المشكل، والمسألتان مشكلتان لاستواء علمه وجهله بالنسبة إلى النصفين إلا أن يكون معنى المسألة أن يكون العبد عند كل من الشريكين مدة فيحلف على البتات في مدته ما أبق عندي وعلى نفي العلم في مدة شريكه، فلو لم تكن إقامته إلا عند الشريك لا يحلف إلا على البتات ويكتفي به إلا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن إقامته إلا عند غير الحالف لكون العقد اقتضى وصف السلامة اهـ. أقول: ما ذكره من الوجه أولاً ليس بالوجه لأن الكلام السابق في قوة قولهم كل من ادعى علماً بفعل غيره ولزمته اليمين فإنه يحلف على البتات فيرد على هذه القاعدة على طريق النقض مسألتان: ادعى علماً بفعل

قوله: **(والأسلم والأخلص عبارة الجامع وما يليها)** أما ما يليها فمسلم وأما عبارة الجامع فلا فتدبر. قوله: **(يخاصمه)** قال الرملي: يعني الواحد إنما يكفي لتوجه الخصومة وأما الرد فلا بد من

....

غيره والتحليف في العلم والدليل على أنها قاعدة اعتبارها في مسائل أخرى منها ما في الخلاصة: لو قال إن لم يدخل فلان الدار اليوم فكذا ثم ادعى دخوله حلف على البتات بالله أنه دخلها. ومنها أن الوكيل إذا باع وادعى المشتري عيباً فإن الوكيل يحلف على نفي العلم والوصي لو باع وادعى المشتري عيباً يحلف على البتات لأنه في الأول لا يدعي علماً لكونه ليس في يده وهو في يد الوصي فيعلم عيبه كما في القنية. ثم اعلم أن مذهب أبي يوسف التحليف على البتات في المسألتين وهما من مسائل الجامع الكبير كما في المحيط من باب المخاصمة في الرد بالعيب. وفي فتح القدير: وقد ظهر بما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الإباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا، وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيخان وهي مع ما ذكرنا تتمة أربعة أنواع: الأول أن يكون ظاهراً لا يحدث مثله أصلاً من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالأصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية أي الزائدة، فالقاضي يقضي فيها بالرد إذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع أو المشتري إلا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء والإبراء منه، فإن ادعاه سأل المشتري فإن اعترف امتنع الرد، وإن أنكر أقام البينة عليه، فإن عجز يستحلف ما علم به وقت المبيع أو ما رضي به ونحوه، فإن حلف رده، وإن نكل امتنع الرد، الثاني أن يدعي عيباً باطناً لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال، فإن اعترف به عندهما رده، وكذا إذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل إلا إن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا، وإن أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط، فإذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده. الثالث أن يكون عيباً لا يطلع عليه إلا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا إلا أنه إذا أنكر قيامه للحال أريت النساء والمرأة العادلة كافية، فإذا قالت ثيباً أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم أو إذا انضم إليه نكوله عند تحليفه غير أن القرن ونحوه إن كان مما لا يحدث مثله ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك عند

عدلين كما سيأتي قريباً. قوله: **(الثالث أن يكون عيباً لا يطلع عليه إلا النساء الخ)** أقول في الخلاصة: وإن كان العيب يتوصل إليه بقول النساء إن أخبرت امرأة واحدة من أهل الشهادة بوجود العيب إن كان قبل القبض ليس للمشتري حق الفسخ بقولها لكن يقبل قولها لإيجاب اليمين على البائع فيحلف كما ذكرنا، وإن كان بعد القبض وأخبرت امرأة عدلة بوجود العيب صحت الخصومة ويحلف البائع على البتات لقد باع وسلم وما بها هذا العيب اهـ. ونحوه في المنح والزيلعي وجامع الفصولين. بقي لو علم بهذا العيب بالوطء هل له الرد أم لا وانظر ما قدمناه عند قول المصنف «ومن اشترى ثوباً فقطعه الخ». هذا وقد يقال: إن ما ذكر هنا يخالف ما في المتون من كتاب الشهادة من قولهم في نصاب الشهادة أن نصابها فيما لا يطلع عليه إلا النساء امرأة واحدة إلا أن يجاب بأن المراد

....

البائع للتيقن بذلك كما في الأصبح الزائدة إلا أن يدعي رضا فعلى ما ذكرنا. وفي شرح قاضيخان: العيب إذا كان مشاهداً وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد، وإن كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لأنه يثبت الخيار والقول للبائع لأنه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه. ولو اشترى جارية وادعى أنها خنثى يحلف البائع لأنه لا ينظر إليه الرجال ولا النساء إلى هنا ما في فتح القدير تبعاً لما في المعراج وفيه: ولو أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه شيئاً يسقطه لم يحلف المشتري لأن التحليف لقطع الخصومة وفيه إنشاؤها. وعند أبي يوسف يحلف صيانة لقضائه عن النقض لو ظهر ذلك في ثاني الحال بالله ما علم بالعيب حين اشتراه ولا رضي به ولا عرضه على البيع، وأكثر القضاة يحلفون بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه نصاً ولا دلالة وهو الصحيح، وأحب إلي أن يستحلفه وإن لم يدع، ولو ادعى سقوط حق الرد يحلف اتفاقاً اهـ. وقدمنا أن خيار العيب على التراخي ولو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد كما في المعراج أيضاً. وذكر في الخلاصة والبزازية أن القاضي لا يستحلف الخصم بدون طلب المدعي إلا في مسائل منها: خيار العيب وقد ذكرناه. الثانية النفقة في مال الغائب لا يقضي بها حتى يستحلف المرأة. الثالثة الشفعة لا يقضي بها حتى يستحلف الشفيع وكتبناها في الفوائد الفقهية مفصلة. ثم اعلم أن القاضي إنما يحتاج إلى قول الأطباء عند عدم علمه بالعيب، أما إذا كان من ذوي المعرفة نظر بنفسه كما في البزازية ونظر أمين القاضي كهو كما في البدائع. واشتراط العدلين منهم إنما هو للرد وإن أخبر واحد عدل توجهت الخصومة فيحلف البائع كما فيها أيضاً ولكن في أدب القاضي

أن المرأة تكفي لا لأجل إثبات العيب والرد به بل لأجل توجه الخصومة على البائع، أو يحمل على ما قبل القبض كما يفيده ما في الخانية حيث قال: وفيما لا ينظره الرجال كالقرن والرتق ونحوه اختلفت فيه الروايات، وآخر ما روي عن محمد إن كان ذلك قبل القبض وهو عيب لا يحدث يرد بشهادة النساء وهو قول أبي يوسف الأخير، والحبل يثبت بقول النساء في حق الخصومة ولا يرد بشهادتين اهـ. وكأنه احترز بقوله لا يحدث عن نحو الحبل، وبه علم أن ما مر عن الخلاصة وغيرها من عدم الفسخ قبل القبض قول أبي يوسف الأول والعمل على المتأخر. وعلى هذا فقول المؤلف ردت عليه بقولهما محمول أيضاً على ما قبل القبض بدليل ما في شرح الجامع الصغير لقاضيخان حيث قال: إن كان بعد القبض لا يرد بشهادة النساء بالاتفاق لكن يحلف البائع، فإن حلف لا يرد، وإن نكل ترد عليه بنكوله، وإن كان قبل القبض ذكر الخصاف أن على قول أبي يوسف ترد من غير يمين البائع. وقال محمد: لا ترد حتى يحلف البائع. وعن محمد في النوادر؛ شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة للرد وإن كان بعد القبض اهـ. وفي مجموعة صمتي أفندي عن نقد الفتاوى: ما لا ينظر إليه الرجال كالقرن والرتق إذا أخبرت امرأة واحدة به يثبت العيب في حق الخصومة لا في الرد في ظاهر الرواية اهـ. ومثله في الخانية. قوله: **(ولكن في أدب القاضي ما يخالفه)** قال في البزازية وفي

المقبوض للقابض ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيباً أخذهما أو

ما يخالفه وفيها: لو أخبرت امرأة بأنها حامل وامرأتان بالعدم صحت الخصومة ولا يقبل قول النافية، فإن قال البائع ليست لها بصارة اختار القاضي ذات بصارة اهـ. وقدمنا أن للبائع أن يمتنع من القبول مع علمه بالعيب حتى يقضى عليه ليتعدى إلى بائعه، وقد صرح به في البزازية أيضاً. وفي تهذيب القلانسي: لو أقام البائع بينة أنه حدث عند المشتري وأقام المشتري البينة أنه كان معيباً في يد البائع تقبل بينة المشتري اهـ قوله: **(والقول في قدر المقبوض للقابض)** لأنه هو المنكر لما يدعيه المدعي. أطلقه فشمل ما إذا كان أميناً أو ضميناً كالغاصب وإن كان المقام مخصصاً لما يتعلق بالعيب، فلو اشترى جارية وتسلمها ثم وجد بها عيباً فقال البائع بعتكها وأخرى معها وقال المشتري وحدها فالقول للمشتري. ولو حذف المنصف قوله «في مقدار المقبوض» لكان أولى لأن القول للقابض فيما قبضه مطلقاً مقداراً أو صفة أو تعييناً، فلو جاء ليرد المبيع بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه بخلاف ما إذا جاء ليرده بخيار عيب فإن القول للبائع كما في العمادية، وفرق بينهما في فتح القدير. وإذا اختلفا في تعيين الزق فالقول للمشتري كما في الظهيرية، وإذا اشترى عبدين أحدهما بألف حالة والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقتين فوجد بأحدهما عيباً فرده ثم اختلفا فقال البائع رددت ما ثمنه آجل وقال المشتري ما كان ثمنه عاجلاً فالقول للبائع، سواء هلك ما في يد المشتري أو لا ولا تحالف. ولو كان الثمنان مختلفين فرد أحدهما

أدب القاضي: الذي يرجع فيه إلى الأطباء لا يثبت في حق توجه الخصومة ما لم يتفق عدلان بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول المرأة الواحدة في حق الخصومة لا في حق الرد. قوله: **(لأن القول للقابض فيما قبضه مطلقاً الخ)** البائع والمشتري إذا اختلفا في جنس الثمن أنه دراهم أو دنانير أو في قدره أنه ألف أو ألفان أو في صفته أنه صحاح أو جياد أو زيوف مكسرة والسلعة قائمة بعينها فإنهما يتحالفان؛ إن اختلفا قبل قبض المشتري فالتحالف على وفاق القياس، وإن بعد القبض فالتحالف على خلاف القياس، فالقياس أن لا يحلف البائع وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فأما على قول محمد فالتحالف بعد القبض على وفاق القياس وبه أخذ بشر بن غياث والكرخي. وإذا وقع الاختلاف في المبيع فالتحالف قبل نقد الثمن على وفاق القياس عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ كذا في الظهيرية. ثم ذكر كيفية التحالف ثم قال: وإن اختلفا في وصف من أوصاف المبيع فقال المشتري اشتريت منك هذا العبد على أنه كاتب أو على أنه خباز وقال البائع لم اشترط شيئاً فالقول قول البائع ولا يتحالفان اهـ. وسنذكر هنا أيضاً ما إذا اختلفا في طوله وعرضه فتأمل ذلك مع ما ذكره هنا.
قوله: **(بخلاف ما إذا جاء ليرده بخيار عيب الخ)** قال الرملي قال في جامع الفصولين أقول: الأصل أن القول في التعيين للمملك حتى لو أراد رده بعيب فقال ليس المبيع هذا يصدق البائع مع يمينه، فعلى هذا ينبغي أن يكون القول للبائع في مسألة خيار الشرط أيضاً، والأصل الآخر أن القول للقابض في قدر المقبوض وتعيينه وصفته فعلى هذا ينبغي أن يكون القول للمشتري في مسألة خيار

....

بعيب فادعى البائع أن ثمن المردود كذا وعكس المشتري فالقول للمشتري؛ كذا في الظهيرية. ومن مسائل الجامع الكبير: لو اشترى عبداً بألف وقبضه ووهب البائع له عبداً آخر وسلمه فمات أحد العبدين ثم أراد المشتري رد الباقي بعيب فادعى البائع أن المبيع هو الهالك والباقي هو الهبة وعكس المشتري ولا بينة فالقول للبائع ولو لم يجد عيباً وإنما أراد الواهب الرجوع وقال الحي هو الموهوب وأنكر المشتري فالقول للبائع، فإذا رجع فيه رجع المشتري بالثمن المدفوع، إذا رجع رجع البائع بقيمة العبد الميت بعد التحالف، وإذا اختلفا في طول المبيع وعرضه فالقول للبائع وتمامه في الظهيرية من فصل الاختلافات من البيوع. وفي تلخيص الجامع من باب الاختلاف في المرابحة: اشترى ثوباً قيمته عشرة بعشرة ودفع إليه آخر ثوباً اشتراه بعشرة وقيمته عشرون ليبيع له مع ثوبه فقال لرجل هما قاما بعشرين فأبيعك بربح عشرة فاشتراهما ثم وجد بثوب الآمر عيباً فقال شريتهما صفقة وانقسم الربح على القيمة أثلاثاً فأرده بثلثي الثمن فقال البائع ثمن كل ثوب عشرة فانقسم الربح على الثمنين فرد بنصفه فالقول للمشتري مع اليمين بجحده مزيد حادث بخلاف ما لم يدع عيباً لفقد الجدوى إلى أن قال: ولا تحالف وإن برهنا فالبينة للمشتري لإثباته زيادة حقيقة مقصودة وتمامه فيه. قيد بكونه مقبوضاً لأن المشتري بالخيار إذا أراد الإجازة في سلعة في يد البائع فقال البائع ما بعتكها قالوا: القول للبائع كما لو ادعى بيع عين وأنكر وإن كان الخيار للبائع فأراد الزام البيع في معين وأنكره المشتري فالقول للمشتري؛ كذا في الظهيرية من خيار التعيين. وشمل ما إذا ادعى المشتري بعد قبض المبيع أنه وجده ناقصاً فالقول له لأنه القابض. قال في الخلاصة من كتاب الصلح: رجل باع من آخر إبريسماً ووزنه عليه وقت البيع وحمله المشتري ثم رجع إليه بعد مدة وقال وجدته ناقصاً، فإن كان النقص يكون بين الوزنين فلا شيء له، وإن كان أكثر

العيب كما في خيار الشرط. والحاصل أن خيار الشرط وخيار العيب ينبغي أن يتحدا في هذا الحكم اهـ. قال الشارح المؤلف في حواشيه على جامع الفصولين أقول: إن الأصل أن القول للقابض كما ذكره إلا في التعيين فإن القول للمالك ملكاً تاماً ففي العيب يثبت الملك التام لأن خيار العيب لا يمنع الملك ولا تمامه وإنما يمنع لزومه، وأما خيار الشرط فلأنه مانع يمنع تمام الحكم فكان على الأصل من أن القول للقابض وقد اشتبه ذلك على المؤلف فخبط ولم يفرق فليتأمل. وقد فرق في فتح القدير في آخر خيار الرؤية بفرق حسن وهو أن المشتري في خيار الشرط والرؤية ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافاً في المقبوض فالقول فيه قول القابض بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره اهـ. قوله: **(وإذا اختلفا في طول المبيع وعرضه فالقول للبائع)** الذي في النهر: القول للمشتري والذي رأيته في الظهيرية وكذا في منتخب

ردهما ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المعيب وحده ولو وجد ببعض الكيلي أو الوزني

ينظر إن لم يسبق من المشتري إقرار بقبض كذا مناً فله أن يمنعه من الثمن بإزاء النقصان ولو نقده رجع بذلك القدر، وإن أقر بقبضه ليس عليه شيء اهـ. فإن قلت: هل تقبل بينة القابض على ما ادعاه مع قبول قوله؟ قلت: نعم تقبل لإسقاط اليمين عنه كالمودع إذا ادعى الرد أو لهلاك وأقام بينة تقبل مع أن القول قوله والبينة لإسقاط اليمين مقبولة؛ كذا في الذخيرة من باب الصرف وذكر لقبولها فائدة أخرى هي أن الوكيل بالصرف لو رد عليه الدينار بعيب فأقر به وقبله كان عليه لا على الموكل، فلو أقام مشتريه بينة على أنه هو الذي قبضه من الوكيل قبلت لإسقاط اليمين عنه ولرجوعه إلى الموكل فليحفظ قوله: **(ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بإحدهما عيباً أخذهما أو ردهما)** لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقاً قبل التمام وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفرق فيه كالتفريق في العقد. أطلقه فشمل ما إذا كان المعيب المقبوض أو غيره، ويروي عن أبي يوسف أنه إذا وجد بالمقبوض عيباً برده خاصة كأنه جعل غير المعيب تبعاً له والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه، والعبدان مثال والمراد عبدان أو ثوبان أو نحوهما قوله: **(ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المعيب وحده)** لكونه تفريقاً بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وسيأتي أن مسألة زوجي الخف ومصراعي الباب مستثناة من كلامه هنا. وعلى هذا إذا اشترى ثورين فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض، فإن كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده. وقيد بخيار العيب لأنه ليس له رد أحدهما بخيار شرط أو رؤية قبل القبض أو بعده لأن الصفقة فيها لا تتم إلا بالقبض، قيد بتراخي ظهور العيب عن القبض لأنه لو وجد بأحدهما عيباً قبل القبض فإن قبض المعيب منهما لزماه، أما المعيب فلوجود الرضا به، وأما الآخر فلأنه لا عيب به. ولو قبض السليم منهما فلو كانا معيبين فقبض أحدهما له ردهما جميعاً لأنه لا يمكنه الزام البيع في المقبوض دون

الظهيرية يوافق ما ذكره المؤلف ونصه ابن سماعة عن محمد: رجل باع من آخر ثوباً مروياً فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا فقال البائع بعته على أنه ست في تسع وقال المشتري اشتريته على أنه سبع في ثمان فالقول قول البائع مع يمينه اهـ. وقال في التتارخانية وفي نوادر هشام: إذا اشترى من آخر ثوباً وقال المشتري اشتريت منك بمائة على أنه ثمان أذرع في ثمان وهو سبع في سبع وقال البائع بعتك بمائة ولم أسم الذراع فالقول قول البائع في قول أبي يوسف ومحمد اهـ. ومثله في الذخيرة. قوله: **(وذكر لقبولها فائدة أخرى الخ)** قال في النهر وأقول: قد علمت فيما مر أنه في الصرف لو رد عليه الدينار بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه فسووا فيه بين القضاء والرضا، وعلى هذا فينبغي هنا أن يكون الرد على الوكيل رداً على الموكل والفرق ما مر فتدبر. قوله: **(فلو كانا معيبين)** الذي في المنح

....

الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، ولا يمكن إسقاط حقه في غير المقبوض لأنه لم يرض به. ولو أعتق السليم أو باعه بعد قبضه لزمه الآخر كيلا تتفرق الصفقة على البائع لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض المبيع؛ كذا في المحيط. وشمل إطلاقه ما إذا اشترى خاتم فضة فيه فص وقلع الفص لا يضرب بواحد منهما فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض فله أن يقلع الفص ويرد المعيب منهما، ولو وجد بأحدهما عيباً قبل القبض ردهما، وكذا السيف المحلى والمنطقة المحلاة. ولو اشترى نخلاً فيه تمر فجز التمر ثم وجد بأحدهما عيباً لا يرد أحدهما بل يردهما لأنهما بمنزلة شيء واحد لأن التمر بعض النخل لأنه خرج منه بخلاف الفص لأنه ليس من الفضة؛ كذا في المحيط قوله: **(ولو وجد ببعض الكيلي أو الوزني عيباً رده كله أو أخذه)** لكونه كالشيء الواحد. أطلقه فشمل ما إذا كان قبل القبض أو بعده، وما وقع في الهداية من أن المراد بعد القبض فإنما هو ليقع الفرق بين القيميات والمثليات. وشمل ما إذا كان في وعاء واحد أو وعاءين، وقيل إنه مخصوص بما إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين فهو بمنزلة العبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا كان المبيع متعدداً لا يمكن الانتفاع بأحدهما إلا بالآخر إذا وجد بأحدهما عيباً قالوا: إنه بمنزلة المكيل والموزون فيخير إن شاء أخذهما أو ردهما قبل القبض وبعده لأنهما كشيء واحد كزوجي خف ومصراعي باب وزوجي ثور ألف أحدهما الآخر، فلو وجد أحدهما أضيق، فإن كان خارجاً عما عليه خفاف الناس في العادة يرد وإلا لا، وإن كان لا يسع رجله فإن كان اشتراهما للبس رد وإلا فلا كما في المحيط. ثم اعلم أن ما لا ينتفع بأحدهما إلا بالآخر له أحكام منها حكم العيب، ومنها لو قبض أحدهما بغير إذن البائع وهلك الآخر عند البائع يخير المشتري فيما قبض بحصته وإذن البائع في قبض أحدهما أذن في قبضهما، ومنها لو أعار أحدهما وأمر المستعير بقبضه لا يكون إذناً بقبض الآخر، ومنها لو استحق أحدهما بعد القبض رد المشتري الآخر إن شاء، ومنها لو عيب المشتري المأخوذ ثم هلك الآخر في يد البائع ولم يمنعه إياه هلك على المشتري وإن منع البائع هلك على البائع، ومنها لو أحدث البائع بأحدهما عيباً بأمر المشتري صار قابضاً لهما، ومنها لو رأى المشتري أحدهما فرضيه لم يكن رضا بالآخر، ومنها لو تعيب أحدهما لم يرد الآخر بعيب وخيار رؤية

«أو كانا معيبين» قوله: **(أطلقه فشمل ما إذا كان قبل القبض أو بعده)** قال الرملي أقول قال في النهر: هذا مقيد بقيدين: الأول أن يكون من نوع واحد. الثاني أن يكون بعد القبض. قيد به في الهداية وعليه فيتفرق الحال بين المثليات والقيميات لأنه لو كان قبله يرد الكل أو يأخذ الكل لا فرق بين كونه مثلياً أو قيمياً اهـ. والفرق فيهما في الحكم بعد القبض ففي القيمي يرد المعيب وحده، وفي المثلي يرد كله أو يأخذه. وقدم في شرح قوله «وإن أعتقه على مال الخ» أنه لو كان طعاماً فأكل بعضه يرد ما

عيباً رده كله أو أخذه ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوباً خير واللبس والركوب

ويرجع بالنقصان، ومنها لو استهلك رجل أحدهما يدفع إليه الآخر ويضمنه قيمتهما إن شاء، والمسائل كلها من المحيط. والحاصل أن حكم أحدهما حكم الآخر إلا في مسائل الإذن بقبض أحدهما في العارية لا يكون إذناً بقبض الآخر، ورؤية أحدهما لا تكون رؤية للآخر قوله: **(ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوباً خير)** لأن المثلي لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان بعد القبض، أما قبله فله أن يرد ما بقي لتفريق الصفقة قبل التمام. وأراد بالثوب القيمي لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون فشمل العبد والدار كما في النهاية. وينبغي أن تكون الأرض كالدار. وحاصله أن المبيع أن استحق بعضه، فإن كان قبل القبض خير في الكل، وإن كان بعد خير في القيمي لا في المثلي، فإن قبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ما إذا لم يقبضهما كما في المحيط. وفي جامع الفصولين: لو اشترى قنين فأراد رد أحدهما بعيب لا يشترط حضرة القن الآخر سواء رد بقضاء أو رضا، ويصح الرد ولو لم يكن المعيب حاضراً أيضاً. وكذا لو استحق أحدهما لا يشترط حضرة الآخر سواء رد بقضاء أو رضا اهـ. وذكر في فصل الاستحقاق: شرى فبنى فاستحق نصفه ورد المشتري ما بقي على البائع فله أن يرجع على بائعه بثمنه وبنصف قيمة البناء لأنه مغرور في النصف، ولو استحق نصفه المعين فلو كان البناء في ذلك النصف خاصة رجع بقيمة البناء أيضاً، ولو كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد البناء ولا يرجع بشيء من قيمة البناء. شرى داراً فاستحقت عرصتها ونقض البناء فقال المشتري أنا بنيتها فارجع على بائعي وقال بائعه بعتها مبنية فالقول للبائع. شرى نصفه مشاعاً فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصف الباقي، ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصفه الباقي وهو الربع اهـ. ثم قال: شرى داراً مع بنائه فاستحق البناء قبل قبضه قالوا: يخير المشتري إن شاء أخذ الأرض بحصته من الثمن وإن شاء ترك، ولو استحق بعد قبضه يأخذ الأرض

بقي ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى، وعلى هذا إنما لم يذكره للاختلاف فيه تأمل. قوله: **(وحاصله أنه إن استحق بعضه الخ)** قال في العناية: وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض في جميع الصور أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما؛ أما العيب فظاهر، وأما الاستحقاق فلقوله أما إذا كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام، وتجد حكمها بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون لأنه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال: ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي. قوله: **(شرى داراً مع بنائه فاستحق البناء الخ)** قال الرملي أقول وفي جامع الفصولين: لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع في قدر

والمدواة رضا بالعيب لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف ولو قطع المقبوض بسبب عند

بحصته ولا خيار له والشجر كالبناء، ولو احترقا أو قلعهما ظالم قبل القبض أخذهما بجميع الثمن أو ترك ولا يأخذ بالحصة بخلاف الاستحقاق اهـ قوله: **(واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب)** لأنه دليل الاستبقاء في ملكه. أطلق الركوب وهو مقيد بما إذا ركبها في حاجته لما سيصرح به، وكذا المداواة إنما تكون رضا بعيب داواه، أما إذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع وبه عيب آخر فإنه لا يمتنع رده كما في الولوالجية. وفي خزانة الفقه: اختلفا قال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري لا ردها عليك فالقول للمشتري. وقيد بخيار العيب لأن هذه الأشياء لا تسقط خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون مسقطاً. وقيد بهذه الأشياء لأن الاستخدام بعد العلم بالعيب لا يكون رضا استحساناً لأن الناس يتوسعون فيه وهو للاختبار؛ هكذا أطلقه في المبسوط. ونقل عن السرخسي في البزازية أن الصحيح أن الاستخدام رضا بالعيب في المرة الثانية إلا إذا كان في نوع آخر. وفي الصغرى: الاستخدام مرة واحدة لا يكون رضا إلا إذا كان على كره من العبد اهـ قوله: **(لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف)** أي لا يكون الركوب لهذه الأشياء رضا بالعيب. أطلقه وهو كذلك في الرد، وأما في السقي وشراء العلف فلا بد أن يكون لا بد له منه لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد، أما إذا كان له بد منه فهو رضا كما في الهداية. وفي جامع الفصولين: ادعى عيباً في حمار فركبه ليرده فجز عن البينة فركبه جائياً فله الرد اهـ. وفي البزازية: لو ركب لينظر إلى سيرها أو لبس لينظر إلى قدها فهو رضا. وفي فتح القدير: وجد بها عيباً في السفر فحملها فهو عذر. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى باللبس وأخويه لغير حاجة إلى أن كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأرش فمن ذلك البيع والعرض عليه، وكتبناه في الفوائد إلا في الدراهم إذا وجدها البائع زيوفاً فعرضها على البيع فإنه لا يمنع الرد على المشتري لأن ردها لكونها خلاف حقه لأن حقه في الجياد فلم تدخل الزيوف في ملكه بخلاف المبيع العين فإنه ملكه فالعرض رضا

المستحق ويخير المشتري في الباقي كما مر، سواء أورث الاستحقاق عيباً في الباقي أو لا، لتفرق الصفقة قبل التمام. وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره يخير كما مر لما مر من التفرق، ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره، ثم لو أورث الاستحقاق عيباً فيما بقي يخير المشتري كما مر ولو لم يورث عيباً فيه كثوبين أو قنين استحق أحدهما، أو كيلي أو وزني استحق بعضه، ولا يضر تبعيضه فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار اهـ. رامزاً لشرح الطحاوي. قوله: **(أطلقه وهو كذلك في الرد الخ)** قال في الشرنبلالية: جعل الركوب للرد غير مانع مطلقاً وللسقي وشراء العلف غير مانع مع الضرورة ضعيف لما قال الزيلعي: لا يكون الركوب ليسقيها الماء أو ليردها على البائع أو ليشتري لها العلف رضا بالعيب، وهذا استحسان لأنه محتاج إليه وقد لا تنقاد

. . . .

بعيبه، ولا فرق بين أن يكون البائع في المسألتين قال له اعرضها على البيع فإن لم تشتر منك ردها علي أو لا. وقيدنا بالبيع لأنه لو اشترى ثوبا فعرضه على الخياط لينظره أيكفيه أم لا لم يبطل حقه في رده بعيب، وكذا لو عرضها على المقومين لتقوم كما في جامع الفصولين. وفي البزازية: لو قال له البائع بعد لإطلاع أتبيعها قال نعم لزم ولا يتمكن من الرد. قال الشيخ الإمام: وينبغي أن يقول بدل قوله نعم لا لأنه «نعم» عرض على البيع «ولا» تقرير لمكنته. وفيها: الاستقالة بعد الإطلاع لا تمنع الرد بخلاف العرض ومن ذلك الإجازة والعرض عليها والمطالبة بالغلة والرهن والكتابة، وهذا إذا كان بعد العلم بالعيب، فإن أجره ثم علم به فله نقضها للعذر ويرده بخلاف الرهن لأنه لا يرده إلا بعد الفكاك؛ كذا في جامع الفصولين. ومنه إرسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها أو حلبه لبن الشاة أو شرب اللبن. وهل يرجع بالنقصان؟ قولان. وليس منه أكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وإرضاع الأمة ولد المشتري وإتلاف كسب المبيع بعد علمه وضرب العبد إن لم يؤثر الضرب فيه، فإن أثر فلا رد ولا رجوع. وليس منه جز صوف الغنم إن نقصه، فإن لم ينقصه فله الرد، وكذا قطف الثمار إن لم ينقص. واستشكله في جامع الفصولين بأنه ينبغي أن لا يرد لأنها زيادة منفصلة متولدة وهي تمنع الرد ولم أر فيها خلافاً، ولكن يظهر من هذا أن فيها روايتين. ومنه كما في البزازية الوطء بكراً كانت أو ثيباً، نقصها أو لا، فلا رد ولا رجوع.

وكذا لو قبلها بشهوة أو لمسها لكن يرجع بالنقص إلا أن يقبلها البائع، وإن وطئها الزوج إن ثيباً ردها، وإن بكراً لا. وسكنى الدار أي ابتداؤها لا الدوام، ومنه سقي الأرض وزراعتها وكسح الكرم والبيع كلاً أو بعضاً بعد الإطلاع مانع من الرد، والرجوع وكذا الهبة والإعتاق مطلقاً؛ كذا في البزازية. وفيها: دفع باقي الثمن بعد العلم بالعيب رضاً. وفي الواقعات: الهبة رضا وإن لم يسلم العين إلى الموهوب له لأنه أقوى من العرض اهـ. وفيها: لو عرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف ويرد النصف كالبيع وجمع غلات الضيعة رضا، وكذا تركها لأنها تضييع. وفي فتح القدير: هنا أن خيار العيب على التراخي عندنا فلا

ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا إلا إذا ركبها في حاجة نفسه. وقيل: تأويله إذا لم يكن له بد من الركوب إن كان العلف في عدل واحد ولا تنساق ولا تنقاد، وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيفما كان لأنه سبب للرد ولغيره يكون رضا إلا عن ضرورة اهـ. وفي المواهب: الركوب للرد أو للسقي أو لشراء العلف لا يكون رضا مطلقاً في الأظهر اهـ.

قوله: **(وليس منه جز صوف الغنم)** ظاهره أنه عطف على قوله «وليس منه أكل ثمر الشجر الخ» أي مما يمنع الرد فيفيد أن جز الصوف أن نقصه ليس مما يمنع الرد أيضاً مع أنه مما يمنع الرد بدليل قوله «فإن لم ينقصه فله الرد» تأمل. قوله: **(فلا ردود ولا رجوع)** هذا مخالف لما قدمه في شرح

البائع رده واسترد الثمن ولو برئ من كل عيب به صح وإن لم يسم الكل ولا يرد بعيب.

يبطل بعد العلم به بالتأخير قوله: **(ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن)** يعني لو اشترى عبداً قد سرق عند البائع ولم يعلم به وقت الشراء ولا وقت القبض فقطعت يده عند المشتري له أن يرده ويأخذ ما دفعه عند الإمام. وقالا: يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق. وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان عند البائع. والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما، لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل. وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب ومسألة الحامل ممنوعة. قيد بكونه بسبب عند البائع فقط لأنه لو سرق عندهما فقطع بهما فعندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا، وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن، وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي أحدهما الرجوع فيتنصف، فلو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق. وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب. ولم يقيد المصنف بعدم علم المشتري لسرقته عند البائع، وقيده به في الجامع الصغير وهو مفيد على قولهما لأن العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع؛ كذا في الهداية. ثم اعلم أنه لا أثر في الاستحقاق بعلم المشتري أنه ملك المستحق إلا فيما لو كانت جارية فأولدها عالماً بأنها ملك الغير، فإن الولد رقيق لعدم الغرور كما في فصله من جامع الفصولين. وظاهر كلام المصنف أنه ليس بمخير بين إمساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك، بل هو مخير فله إمساكه وأخذ نصف الثمن لأنه بمنزلة الاستحقاق لا العيب ـ كما ذكره الشارح ـ حتى لو مات بعد القطع حتف أنفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق. ولو أعتقه المشتري ثم قتل أو قطعت يده به فإنه لا يرجع عنده بشيء لفوات المالية به، وعندهما يرجع بالنقصان. وإلى هنا ظهر أن الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في ستة مسائل: الأولى له رده عنده لا عندهما. الثانية في

قوله «ومن اشترى ثوباً فقطعه الخ» عن الظهيرية من أن له أن يرجع بالنقصان. قوله: **(وكذا لو قبلها بشهوة)** قال في البزازية قال التمرتاشي: قول السرخسي رحمه الله تعالى «التقبيل بشهوة يمنع الرد» محمول على ما بعد العلم بالعيب اهـ. وفيها قبل هذا: وطء الثيب يمنع الرد بالعيب والرجوع بالنقصان، وكذا التقبيل والمس بشهوة لأنه دليل الرضا، وسواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده.

....

كيفية الرجوع فعنده بالكل إن رده وبالنصف إن أمسكه، وعندهما بالنقصان. الثالثة إذا مات بعد القطع حتف أنفه فعنده يرجع بالنصف ولا رجوع عندهما. الرابعة لو أعتقه فلا رجوع عنده خلافاً لهما. الخامسة في رجوع الباعة. السادسة العلم به لا يمنع الخيار عنده خلافاً لهما. وقيد بكونه قطع عند المشتري لأنه لو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشتري به فإنه يرجع بالنقصان عنده أيضاً وبالقطع لأنه لو اشترى مريضاً فمات منه عند المشتري أو عبداً زنى عند البائع فجلد عند المشتري فمات به رجع بالنقصان عنده أيضاً لأن المريض والمقطوع عند البائع إنما ماتا بزيادة الآلام وترادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع، وزنا العبد يوجب الجلد والموت غيره فلا يؤاخذ البائع بما لم يكن عنده. وكذا لو زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وإن كان زوالها بسبب كان عند البائع لأن البكارة لا تستحق بالبيع؛ كذا في فتح القدير. وكتبنا في شرح المنار من بحث الأداء والقضاء أنه لو بيع عند المشتري بدين كان عند البائع فإنه يرجع بالثمن فالمسائل الموردة عليه خمس قوله: **(ولو برئ من كل عيب به صح وإن لم يسم الكل ولا يرد بعيب)** لأن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة، **ويدخل تحت الإبراء الموجود والحادث** قبل القبض في قول الثاني وذكره مع الإمام في المبسوط وشرح الطحاوي. وفي الخانية أن ظاهر مذهبهما. وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث. وهو قول زفر لأن البراءة تتناول الثابت. ولأبي يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة من الموجود والحادث. وأجمعوا أنه لو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولا يرد علينا عدم صحة أبرأت أحد كما لجهالة من له الحق كقوله لرجل علي كذا، ولو قال أبرأتك من كل عيب به وما يحدث لم يصح إجماعاً فاستشكل قول أبي يوسف لأنه مع التنصيص لا يصح فكيف يصححه ويدخله بلا تنصيص؟ ولكن هذا على رواية الأسبيجابي، وأما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مكان العيب الموجب للرد. وفي

قوله: **(ومسألة الحامل ممنوعة)** أي على قول أبي حنيفة رحمه الله بل يرجع على قوله «بكل الثمن» قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيخان وتمامه في فتح القدير. قوله: **(ولكن هذا على رواية الاسبيجابي الخ)** جواب عن الإشكال بمنع الإجماع. قال في فتح القدير: أجيب بمنع أنه إجماع بأن في الذخيرة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال: وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد، ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعاً لتقرير غرضهما وكم من شيء لا يثبت

....

البدائع: لو باع على أنه بريء من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة، وإن كان اسقاطاً ففيه معنى التمليك ولهذا لا يقبل الرد فلا يحتمل الإضافة نصاً كالتعليق فكان شرطاً فاسداً فأفسد البيع اهـ. ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف، وعند محمد القول للبائع مع يمينه على العلم بأنه حادث، هذا إذا أطلق، أما إذا أبرأه مقيداً بعيب كان عند البائع ثم اختلفا على نحو ما ذكرنا فالقول للمشتري؛ كذا في البدائع. ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على آخر فأراد الرجوع بالنقصان جعل أبو يوسف الخيار للبائع في التعيين، وجعله محمد رحمه الله تعالى للمشتري، ومحله ما إذا لم يعينها عند البيع بل أبرأه من شجة به أو عيب، ولو أبرأه من كل غائلة فهي في السرقة والإباق والفجور، ولو أبرأه من كل داء فهو على ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضاً. وقال أبو يوسف: يتناول الكل. ولو قبل الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو، ولو أبرأه من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء، ومن كل قرح تدخل القروح الدامية؛ كذا في المعراج. والأثر الذي برئ منه ولا يدخل الكي كما في الخانية. وفي المحيط: أبرأتك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور لا يبرأ لأنه عدمها لا عيب، وكذا لو قال بيده فإذا هي مقطوعة لا يبرأ بخلاف قطع الأصبح، وبخلاف ما إذا برئ من كل عيب به؛ كذا في الواقعات. ولو قال أنا بريء من كل عيب إلا إباقة بريء من إباقه، ولو قال إلا الإباق فله الرد بالإباق لأنه لم يضف الإباق إلى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافاً بوجود الإباق للحال لأن هذا الكلام كما يحتمل التبرئ عن إباق موجود من العبد يحتمل التبري عن إباق سيحدث في المستقبل فلا يكون مقراً بكونه آبقاً للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك اهـ. ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك. وفي الصغرى: المشتري الأول إذا أبرأ بائعه عن العيب بعدما اطلع الثاني عليه صح ولا يرده على بائعه إذا رد عليه. وفي الخانية: إذا باع جارية وقال أنا بريء من كل عيب بها فهو بريء من كل عيب بها، ولو قال أنا بريء منها لا يبرأ عن شيء من العيوب، ولو قال أبرأتك عن كل عيب ولم يقل بها فهذه براءة عن كل عيب اهـ. وفيها: باع شيئاً على أنه بريء من كل عيب لا يكون إقراراً بالعيب، ولو شرط البراءة عن عيب واحد أو عيبين كان ذلك إقراراً بذلك العيب؛ بيانه إذا باع عبدين على أنه بريء من كل عيب بهذا العبد بعينه وسلمهما إلى المشتري فاستحق أحدهما ووجد المشتري

مقصوداً ويثبت تبعاً اهـ. ما في الفتح. قوله: **(وفي البدائع لو باع على أنه بريء الخ)** قال في النهر: مبني على قول محمد كما في الشرح وعند أبي يوسف يصح لأن الغرض إيجاد البيع على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع من العيب اهـ. وهو بعيد بل ظاهر قوله «عندنا» متابعة ما في شرح

....

بالآخر عيباً لزمه المعيب بحصته من الثمن فيقسم الثمن على العبدين وهما صحيحان لا عيب بهما، فإذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البائع بحصة المستحق من الثمن. ولو باع عبدين بثمن واحد على أنه بريء من عيب واحد بهذا ثم استحق أحدهما فوجد بالذي برئ عن عيب واحد عيباً فإنه يقسم الثمن عليهما على قيمة المستحق صحيحاً وعلى قيمة الآخر وبه عيب واحد فإذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البائع بذلك. اهـ ما في الخانية. ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى الصلح عن العيب كما لم يذكر الكفالة به وقدمنا طرفاً منهما ولا بأس بذكرهما هنا تتميماً للفائدة. أما الأول فقدمنا أنه إن كان الدافع البائع والمبيع للمشتري كان جائزاً حطاً من الثمن وإن كان المشتري ليأخذه البائع لا. وفي فتح القدير: لو اصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط ورضي الأجنبي جاز، وجاز حط المشتري دون البائع. ولو قصر المشتري الثوب فإذا هو متخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهماً والبائع درهماً جاز، وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهماً ويترك المشتري درهماً، قيل هذا غلط وتأويله أن يضمن القصار أولاً للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع اهـ. وفي الصغرى: ادعى عيباً في جارية فأنكر فاصطلحا على مال على أن يبرئ المشتري البائع عن ذلك العيب ثم ظهر أنه لم يكن به هذا العيب أو كان بها لكن برئت وصحت كان للبائع أن يرجع على المشتري ويأخذ ما أدى من البدل. وفي القنية: باع المشتري بعد الصلح عن العيب ثم زال العيب في يد المشتري الثاني ليس للبائع أن يرجع على مشتريه ببدل الصلح إن زال بمعالجة المشتري الأول وإلا فلا اهـ. وفيها: اشترى حماراً ووجد به عيباً قديماً فأراد الرد فصولح بينهما بدينار وأخذه ثم وجد به عيباً آخر قديماً فله أن يرد مع الدينار وقيل يرجع بنقصان العيب اهـ. وإلى هنا ظهر أن خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع أو وقت القبض والرضا به بعدهما أو اشتراط البراءة من كل عيب أو الصلح على شيء. وفي جامع الفصولين: لو اشتراه على أن عيبه حادث فظهر أنه قديم لا يرده أو الإقرار بأن لا عيب به إذا عينه. قال في الصغرى: إذا قال المشتري ليس به عيب لا يكون إقراراً بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيباً كان له أن يرده. ولو عين فقال ليس بآبق كان إقراراً بانتفاء الإباق، وكذا لو شهدوا أنه باع بشرط البراءة من كل عيب لا يكون إقراراً من الشهود بالعيب حتى لو اشتراه الشاهد فوجد به عيباً كان له أن يرد، وكذا لو شهدوا على أنه باعه على أنه بريء من الإباق ثم اشتراه الشاهد فوجده آبقاً فله الرد، ولو على أنه بريء من إباقه فليس للشاهد رده بإباقه

الطحاوي. قوله: **(دخل العيب دون الدرك)** لأن العيب حق له قبله للحال والدرك لا، كذا في الذخيرة. قوله: **(أو الإقرار بأن لا عيب به الخ)** عطف على قوله «بالعلم به وقت البيع».

باب البيع الفاسد

لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر والمدبر وأم الولد والمكاتب فلو هلكوا عند

اهـ. وفي الولوالجية: البائعة إذا تزوجت المشتري على أرش العيب صح وكان إقراراً منها بالعيب، وكذا البائع إذا اشترى منه أرش العيب كان إقراراً به بخلاف الصلح عنه لا يكون إقراراً به. وأما ضمانه ففي البزازية: اشترى عبداً وضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب فرده لا ضمان عليه عند الإمام لأنه ضمان العهدة، وعلى قول الثاني يضمن لأنه ضمان العيوب. وإن ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن للمشتري، وإن مات عنده قبل الرد قضى على البائع بالنقص ورجع به على الضامن. ولو ضمن له بحصة ما يجده من العيوب من الثمن فهو جائز عند الإمام، فإن رده المشتري رجع بكل الثمن على الضامن، وإن لم يرده وقضى بالنقص على البائع رجع على الضامن كما يرجع على البائع. وعن الثاني قال رجل للمشتري ضمنت لك عماه فكان أعمى فرده لم يرجع على الضامن بشيء، ولو قال إن كان أعمى فعلى حصة العمى من الثمن فرده ضمن حصة العمى، ولو وجد به عيباً فقال رجل للمشتري ضمنت لك هذا العيب فالضمان باطل اهـ والله أعلم.

باب البيع الفاسد

أخره لكونه عقداً مخالفاً للدين كما في فتح القدير. وصرح الولوالجي رحمه الله تعالى من الفصل السابع بأنه معصية يجب رفعها، وسيأتي في باب الربا أن كل عقد فاسد فهو ربا. والفاسد له معنيان: لغوي واصطلاحي. فالأول فسد كنصر وعقد وكرم فساداً وفسوداً ضد صلح فهو فاسد وفسيد من فسدي ولم يسمع انفسد، والفساد أخذ المال ظلماً والجدب. والمفسدة ضد المصلحة، وفسده تفسيداً أفسده وتفاسدوا قطعوا أرحامهم، واستفسد ضد استصلح؛ كذا في القاموس. وفي المصباح: واعلم أن الفساد إلى الحيوان أسرع منه إلى النبات، وإلى النبات أسرع منه إلى الجماد لأن الرطوبة في الحيوان أكثر من الرطوبة في النبات، وقد يعرض للطبيعة عارض فتعجز الحرارة بسببه عن جريانها في المجاري الطبيعية الدافعة لعوارض العفونة فتكون العفونة بالحيوان أشد تثبتاً منها بالنبات فيسرع إليه الفساد فهذه هي الحكمة في قول الفقهاء يقدم القاضي ما يتسارع إليه الفساد فيبدأ ببيع الحيوان.

باب البيع الفاسد

قوله: (وهو الحق) ينبغي أن يستثني من ذلك بيع المكره فإنه موقوف على إجازته مع أنه فاسد

....

ويتعدى بالهمزة والتضعيف والمفسدة خلاف المصلحة وجمعها المفاسد اهـ. وحاصله أنه ما تغير وصفه ويمكن الانتفاع به لما في البناية: يقال فسد اللحم إذا أنتن مع بقاء الانتفاع به. وأما الثاني قالوا: هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ولا يخفى مناسبته للمعنى اللغوي. ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالاً متقوماً لا جوازه وصحته فإن كونه فاسداً يمنع صحته. ولقد تسمح في البناية حيث عرفه بأنه ما لا يصح وصفاً فإنه يفيد أنه يصح أصلاً ولا صحة للفاسد. وإنما أطلقوا المشروعية على الأصل نظراً إلى أنه لو خلى عن الوصف لكان مشروعاً وإلا فمع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقى مشروعاً أصلاً. والمراد بالفاسد هنا ما يعم الباطل لأنهم يذكرون في هذا الباب ما يعم الباطل أيضاً فالمراد به ما لم يكن مشروعاً بوصفه أعم من أن يكون مشروعاً بأصله أو لا والبياعات المنهي عنها ثلاثة: فاسد وباطل ومكروه تحريماً. فالفاسد بيناه، وأما الباطل فله معنيان: لغوي واصطلاحي. فالأول يقال بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل أو أباطيل على غير قياس؛ كذا في المصباح. ويقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود أو للسوس بطل، وإذا أنتن فسد كما في فتح القدير. وأما الثاني فهو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، وحكمه عدم إفادة الحكم وهو الملك قبضه أو لا، وفيه مناسبة للمعنى للغوي لأنه بمعنى ما سقط حكمه، وحكم الفاسد ما لا يفيده بمجرده بل بالقبض. وأما المكروه فهو لغة خلاف المحبوب واصطلاحاً ما نهي عنه لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة نهي عنه للصلاة. وعرفه في البناية بما كان مشروعاً بأصله ووصفه لكن نهى عنه لمجاور اهـ.

ويمكن إدخاله تحت الفاسد أيضاً على إرادة الأعم وهو ما نهي عنه فيشمل الثلاثة. والفساد بالمعنى الأعم يثبت بأسباب منها: الجهالة المفضية إلى المنازعة في المبيع أو الثمن، ومنه العجز عن التسليم إلا بضرر، ومنها الغرر، ومنها شرط خارج عن الشرع، ومنها عدم المالية أو التقوم، ومنها عدم الوجود، ومنها عدم القدرة على التسليم. وأما البيع الجائز الذي لا نهي فيه فثلاثة: نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف. فالأول ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه. والثاني ما لم يتعلق به حق الغير وفيه خيار والموقوف ما تعلق به حق الغير، وهو إما ملك الغير أو حق بالبيع لغير المالك. وحصره في الخلاصة في خمسة عشر: بيع العبد والصبي المحجورين موقوف على إجازة المولى والأب أو الوصي وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر. وما في مزارعة الغير موقوف على إجازة المرتهن، والمستأجر والمزارع وبيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري موقوف على إجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلاً، وبيع المرتد عند الإمام والبيع برقمه وبما باع فلآن والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس، وبيع فيه

....

خيار المجلس وبمثل ما بيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان، وبيع المال المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البرهان بعد إنكاره وبيع مال الغير اهـ. ويمكن أن يزاد البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام فإن الصحيح أنه موقوف، فإن أسقطه قبل دخول الرابع جاز وإلا فسد كما تقدم في بابه، لا يقال إنما لم يذكره للاختلاف لأنا نقول: لم يقتصر على المتفق عليه فإن في بيع المرهون والمستأجر خلافاً، ويستثنى مما في مزارعة الغير ما إذا باعها مالكها والبذر من قبله قبل القائة فإنه نافذ كما في البزازية. السابع عشر من الموقوف الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه فإنه موقوف، فإن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل كما في المجمع وغيره. الثامن عشر على قولهما الوكيل بيع العبد إذا باع نصفه هو موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة، وعند الإمام نافذ كما في المجمع. التاسع عشر بيع نصيبه من مشترك بالخلط والأخلاط موقوف على إجازة شريكه كما ذكروه في الشركة. العشرون بيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس كما في البزازية. الحادي والعشرون بيع المريض عيناً من أعيان ماله لبعض ورثته موقوف على إجازة الباقي ولو كان بمثل القيمة عنده. الثاني والعشرون بيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على إجازة الغرماء. الثالث والعشرون بيع الوارث التركة المستغرقة بالدين موقوف على إجازة الغرماء؛ ذكره الزيلعي عند قوله «وصح عتق مشتر من غاصبه بإجازة بيعه». الرابع والعشرون الوكيل إذا وكل بلا إذن وتعميم فعقد الثاني توقف على إجازة الأول كما في المجمع. الخامس والعشرون أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه توقف على إجازته فإن أجازه جاز بخلاف ما إذا كان غائباً فإنه لا ينفذ بإجازته كما ذكره الزيلعي في الوكالة. السادس والعشرون بيع المولى إكساب عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على إجازة الغرماء كما في جامع الفصولين. السابع والعشرون أحد الوصيين إذا باع بحضرة الآخر. الثامن والعشرون أحد الناظرين إذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر توقف فيها على إجازة الآخر أخذاً من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحاً. التاسع والعشرون بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل موقوف كما ذكره الزيلعي والصحيح يشمل الثلاثة لأنه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه والموقوف كذلك والصحة في المعاملات ترتب الآثار وفي العبادات سقوط القضاء كما في الأصول.

وللمشايخ طريقان؛ فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض ولا يضر توقفه على الإجازة كتوقف البيع الذي فيه الخيار على إسقاطه ولذا قال في المستصفى: البيع نوعان:

فقد صرح المصنف في الإكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد، وأفاد في المنار وشروحه أنه ينعقد فاسد العدم الرضا الذي هو شرط النفاذ وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد، وظاهره أن

. . . .

صحيح وفاسد. والصحيح نوعان: لازم وغير لازم اهـ. ولذا لم يذكر في الحاوي القدسي في التقسيم الصحيح وإنما قال المبيع أربعة أنواع نافذ وموقوف وفاسد وباطل ولا غبار على هذه العبارة. ومنهم من جعله قسيماً للصحيح وعليه مشى الشارح الزيعلي فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف. وقسمه في فتح القدير إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث: باطل وفاسد وموقوف. فجعله من غير الجائز مريداً بالجائز النافذ. وفي السادس من جامع الفصولين أن بيع مال الغير بغير إذن بدون تسليمه ليس بمعصية ولم أر فيما عندي من الكتب من سماه فاسداً إلا في بيع المرهون والمستأجر فقال في البدائع: من شرائطه أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر. واختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة في بعضها أن البيع فاسد، وفي بعضها أن البيع موقوف وهو الصحيح إلى آخر. وقال قبله في جواب الشافعي في بيع الفضولي إنه غير صحيح لأنه لا يفيد حكمه وصحة التصرف عبارة عن اعتباره في حق الحكم فقال: قلنا نعلم وعندنا هذا التصرف يفيد في الجملة وهو ثبوت الملك موقوفاً على الإجازة إما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد، وإنما يظهر عند الإجازة وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم أم لا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة وهذا جائز كالبيع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري اهـ. وإنما أكثرنا من تحرير هذا المبحث لأني قررت في المدرسة الصرغتمشية حين إقراء الهداية أن بيع الفضولي صحيح عندنا فأنكره بعض الطلبة الذين لا تحصيل لهم وادعى فساده وهو فاسد لما علمته وسيأتي له مزيد في محله إن شاء الله تعالى قوله: **(لم يجز بيع الميتة والدم)** لانعدام المالية التي هي ركن البيع فإنهما لا يعدان مالاً عند أحد وهو من قسم الباطل، والمؤلف رحمه الله تعالى لما استعمل الفاسد في الباب للأعم عبر بعدم الجواز الشامل للباطل والفاسد، وفي القاموس: الميتة ما لم تلحقه ذكاة وبالكسر للنوع اهـ. فإن أريد بعدم الجواز عدمه في حق المسلمين بقيت الميتة على إطلاقها، وإن أريد الأعم للمسلم والكافر فيراد بها ما مات حتف أنفه، أما المنخنقة والموقودة فغير داخلة لما في التجنيس: أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم وذبحهم أن يخنقوا الشاة ويضربوها حتى تموت جاز لأنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا. وفي جامع الكرخي: يجوز البيع عند أبي يوسف خلافاً لمحمد لأبي يوسف أنهم يتمولونها كالخمر. ولمحمد أن أحكامهم كأحكامنا إلا في الخمر. وفي الذخيرة:

الموقوف على الإجازة صحته لكن لينظر الفرق بينه وبين المذكورات هنا تأمل. قوله: **(ولم أر فيما عندي من الكتب من سماه فاسداً)** إن كان ضمير «سماه» راجعاً إلى بيع مال الغير كما هو الظاهر من العبارة لا يناسبه الاستثناء اللهم إلا أن يقال أراد بمال الغير ما تعلق به حق الغير. قوله: **(ولا ينعقد**

. . . .

أراد بالميتة ما مات حتف أنفه أما التي ماتت بالسبب كالخنق والجرح في غير موضع الذبح فالمبيع فاسد لا باطل، وكذلك ذبائح المجوس مال متقوم عندهم بمنزلة الخمر؛ كذا في المعراج. وحاصله أن فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين بالنسبة إلى الكافر، وفي رواية الجواز، وفي رواية الفساد، وأما البطلان فلا، وأما في حقنا فالكل سواء. قال في البدائع: ولا ينعقد بيع الميتة والدم وذبيحة المجوسي والمرتد والمشرك ومتروك التسمية عمداً عندنا، وذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل، وكذا ذبيحة صيد الحرم محرماً كان الذابح أو حلالاً، وذبيحة المحرم من الصيد في الحل أو الحرم لأن الكل ميتة، ولا ينعقد بيع صيد المحرم سواء كان صيد الحرم أو الحل اهـ. وفي البزازية: بيع متروك التسمية عمداً من كافر لا يجوز اهـ. أطلقه فشمل ما إذا كانت الميتة مبيعاً أو ثمناً. والدم قال في القاموس: أصله دمي تثنيته دميان ودمان وجمعه دماء ودمي وقطعته دمة وهي لغة في لدم وقد دمي كرضي دماً، وأدميته ودميته وهو دامي اهـ. وأراد بالدم الدم المسفوح، أما بيع الكبد والطحال فإنه جائز. وأراد بالميتة ما سوى السمك والجراد، وأشار إلى منع ما ليس بمال كبيع العذرة الخالصة، ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به؛ كذا في السراج الوهاج.

قوله: **(والخنزير والخمر)** أي في حق المسلم للنهي عن بيعهما وقربانهما. وصرح في الهداية بالفساد فيهما لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض، ومراده ما إذا كانا مبيعين قوبلا بعرض بيع مقايضة، أما إذا قوبلا بالدراهم أو الدنانير فالبيع باطل حتى لو بيع أحدهما بعبد فقبضه البائع وأعتقه نفذ عتقه، ولو استحقه مستحق فالمشتري خصم له بخلاف بيعه بالميتة إذا أعتقه لم ينفذ، وإذا استحق فليس بخصم كما في البناية. والفرق أن الخمر مال في الجملة في شرع ثم أمر بإهانتها في شرع آخر بطريق النسخ، وفي تمليكها بالعقد مقصوداً اعزاز له بخلاف جعله ثمناً. واعتبر في بيع المقايضة الخمر ثمناً العرض مبيعاً والعكس وإن كان ممكناً لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين بطريق الإعزاز للعرض فاعتبرنا ذكرها لإعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة العرض لا الخمر، ولا فرق بين دخول البائع على الثوب أو الخمر في جعل الثوب هو المبيع؛ كذا في فتح القدير. والحاصل أن بيع نفس الخمر باطل مطلقاً وإنما الكلام فيما قابله، فإن ديناً كان باطلاً أيضاً، وإن عرضاً كان فساداً. وجلد الميتة كالخمر في رواية

بيع صيد المحرم الخ) قال الرملي: تقدم في الحج في الكلام على جزاء الصيد أنه إن كان قد اصطاده وهو حلال ثم أحرم فباعه فإن المشتري يضمن له قيمته وهو يقتضي فساد البيع وبه صرح في النهر فعلم أن بيع صيد الحلال للمحرم فاسد، سواء باعه وهو محرم أو حلال، وإذا أتلفه المحرم ضمن قيمته لصاحبه ومثله لله تعالى جزاء الصيد والله تعالى أعلم. قوله: **(وفي البزازية بيع متروك التسمية**

....

وكالميتة في أخرى. وفي القاموس: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة، وقد تذكر والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم إلا البسر والتمر اهـ. قيد بالخمر لأن بيع ما سواها من الأشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف جائز عنده خلافاً لهما؛ كذا في البدائع. وقيدنا بالمسلم لأن أهل الذمة ما يمنعون من بيعها، ثم اختلفوا فقال بعضهم: يباح الانتفاع بهما لهم شرعاً كالخل والشاة فكان مالاً في حقهم. وقال بعضهم: هما حرامان عليهما لأن الكفار مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا ولكن لا يمنعون من بيعهما لأنهم يعتقدون الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما يدينون؛ كذا في البدائع. وأشار المؤلف إلى أن الذميين إذا تبايعا خمراً أو خنزيراً ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فإن البيع يفسخ لأن التسليم والقبض حرام كالبيع بخلاف ما إذا كان الإسلام بعد القبض لأن الموجود الدوام وهو لا ينافي. ولو أقرض الذمي خمراً من ذمي ثم أسلم أحدهما، فإن أسلم المقرض سقطت الخمر لأن إسلامه مانع من قبضها ولا شيء له من قيمتها على المستقرض لأن العجز جاء من قبله، وإن أسلم المستقرض ففيه روايتان: في رواية كالأول وفي أخرى وهو قول محمد تجب قيمتها؛ كذا في البدائع. وقيد بالخمر والخنزير لأن بيع آلات اللهو كالبربط والطبل والمزمار والدف صحيح مكروه عند الإمام. وقالا: لا ينعقد بيعها والصحيح قوله للانتفاع بها شرعاً من وجه آخر. وعلى هذا الاختلاف بيع النرد والشطرنج، وعلى هذا الاختلاف الضمان على من أتلفها فعنده يضمن وعندهما لا؛ كذا في البدائع. ولكن الفتوى في الضمان على قولهما كما سيأتي في الغصب ومحله ما إذا كسرها غير القاضي والمحتسب أما هما فلا ضمان اتفاقاً، وقد ذكر في أول سير اليتيمة الفرق بين المتقوم والمعصوم اهـ.

قوله: **(والحر والمدبر وأم الولد والمكاتب)** أي بيع هؤلاء غير جائز أي غير منعقد، أما في الحر فلعدم المالية، وأما المدبر وأم الولد فقد صرح في الهداية ببطلان بيعهما قال: لأن استحقاق العتق قد ثبت ومن الولد لقوله عليه السلام «أعتقها ولدها» وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحق العتق يداً على نفسه لازمة في حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز. والمراد بالمدبر المطلق دون المقيد أي فإنه يجوز بيعه اهـ. ولو بيع المكاتب بغير رضاه فأجاز بيعه لا ينفذ في الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ؛ كذا في

عمداً من كافر لا يجوز) قال في النهر: ومتروك التسمية عامداً كالذي مات حتف أنفه حتى يسري الفساد إلى ما ضم إليه، وكان ينبغي أن لا يسري لأنه مجتهد فيه كالمدبر فينعقد فيه البيع بالقضاء. وأجاب في الكافي بأن حرمته منصوص عليها فلا يعتبر خلافه ولا ينعقد بالقضاء ومن هنا قال

المشتري لم يضمن والسمك قبل الصيد والطير في الهواء والحمل والنتاج واللبن في الضرع

الخانية. وأورد عليه أن البيع فيهم لو كان باطلاً لسرى البطلان إلى المضموم إلى واحد وسيأتي أنه لو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد وباعهما صفقة فإنه يجوز في القن، لو كانوا كالحر لم يجز فيما ضم. أجيب أنه مخصوص فجاز أن يكون بعض أفراد الباطل لضعفه لا يسري حكمه إلى ما ضم إليه. وفي بعض عبارات المشايخ أن بيعهم فاسد بدليل صحة المضموم، وأورد عليه بأنه لو كان فاسداً لملكوا بالقبض ولم يملكوا به اتفاقاً. وأجيب بأنه مخصوص فهو من قبيل الفاسد الذي لا يملك به. والحاصل أنهم اتفقوا على أنهم لا يملكون به وعلى عدم البطلان في المضموم إليهم فبقي أن بيعهم باطل أو فاسد ولا بد من التخصيص لكل منهما وتخصيص كلام الهداية أولى. وفائدة القولين فيما قابلهم فباطل على ما في الهداية فلا يملك بالقبض وفاسد على قول القدوري والإيضاح فيملك به. هذا ما أفاده كلام الشارحين في هذا المحل وفي إيضاح الاصلاح أن بيع الثلاثة باطل موقوف ينقلب جائزاً بالرضا في المكاتب وبالقضاء في الأخيرين لقيام المالية اهـ. وهو ضعيف لأنه لا بد في المكاتب من الرضا قبل البيع على الصحيح ونفاذ القضاء ببيع أم الولد ضعيف ففي قضاء البزازية: الأظهر عدم النفاذ. وصحح في فتح القدير النفاذ بقضاء القاضي وبيع معتق البعض كالحر وولد المدبر كهو وكذا ولد أم الولد والمكاتب كهما لدخول الولد في الكتابة؛ كذا في السراج الوهاج قوله: **(فلو هلكوا عند المشتري لم يضمن)** لبطلان البيع فكان أمانة لكونه مقبوضاً بإذن صاحبه وهو رواية عن الإمام واختارها أحمد الطوسي، واختار شمس الأئمة السرخسي وغيره الضمان بالمثل أو بالقيمة، وقيل الأول قوله والثاني قولهما؛ كذا في فتح القدير. وفي القنية وفي السير: إنه يضمن لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب وهو الصحيح اهـ. وذكر في أول سير اليتيمة مسألة بيع الحربي بنيه أو أباه هل هو باطل أو فاسد، أطلقه فشمل جميع ما تقدم ولكن إذا مات المدبر وأم الولد عند المشتري فيه اختلاف فقال الإمام: لا ضمان. وقالا: عليه قيمتهما وهو رواية عنه لأنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال، وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف المكاتب فإنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهو الضمان به. وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة، وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هذا؛ كذا في الهداية.

البزازي: بيع متروك التسمية عامداً من كافر لا يجوز وفيه كلام سيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى.

قوله: **(فصار كمال المشتري)** قال في الفتح: فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده، ويدخل إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضمون بالحصة

....

وظاهره أنه لا ضمان إن هلك المكاتب في يد المشتري اتفاقاً وإليه يشير كلام العناية. وفي المعراج: إن الرواية عنه كقولهما إنما هي في المدبر وأما أم الولد فغير مضمونة عنده باتفاق الروايات. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: ومشايخنا صححوا هذه الرواية. وقدمنا في العتاق أن قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قناً وبه يفتى وأن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة فإذا احتيج إلى تقويمهما باعتبار المضموم إليها فالأمر على ما ذكرنا. وفي السراج الوهاج: هنا أن قيمة المدبر ثلثا قيمته قناً على الأصح وعليه الفتوى، وما ذكرناه من الافتاء بالنصف منقول في الفتاوى الصغرى وصرح به في البناية وفتح القدير هنا. اعلم أن أم الولد تخالف المدبر في ثلاثة عشر حكماً: لا تضمن بالغصب ولا بالإعتاق ولا بالبيع ولا تسعى لغريم وتعتق من جميع المال، وإذا استولد أم ولد مشتركة لم يتملك نصيب شريكه وقيمتها الثلث، ولا ينفذ القضاء بجواز بيعها وعليها العدة بموت السيد أو إعتاقه، ويثبت نسب ولدها بلا دعوة ولا يصح تدبيرها؛ ويصح استيلاد المدبرة، ولا يملك الحربي بيع أم ولده ويملك بيع مدبره، وصح استيلاد جارية ولده ولا يصح تدبيرها كذا في التلقيح.

قوله: **(والسمك قبل الصيد)** أي لم يجز بيعه لكونه باع ما لا يملكه فيكون باطلاً. أطلقه فشمل ما إذا كان في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لكونه غير مقدور التسليم فيكون فاسداً، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يأخذ بغير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك، وروى الإمام أحمد مرفوعاً «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرور»[1] والحاصل أن عدم جوازه قبل أخذه لعدم ملكه له فإن أخذه ثم ألقاه في حظيرة كبيرة فعدم جوازه لكونه غير مقدور التسليم، فإن سلمه بعد ذلك فكالروايتين في بيع الآبق إذا سلمه، وإن كانت صغيرة جاز وله خيار الرؤية بعد التسليم، ولا اعتبار برؤيته في الماء، وإذا دخل السمك الحظيرة باحتياله ملكه وكان له بيعه على التفصيل، وقيل لا مطلقاً لعدم الإحراز، والخلاف فيما إذا لم يهيئها له فإن هيأها له ملكه إجماعاً، فإن اجتمع بغير صنعه لم يملكه، سواء أمكنه أخذه من غير حيلة أو لا. وفي القاموس: الحظيرة جرين التمر والمحيط بالشيء خشباً وقصباً اهـ. وفسرها في البناية بالحوض والبركة. أطلقه فشمل ما إذا باعه في نهر أو بحر أو أجمة، وقد صرح الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج يمنعه إذا كان في

من الثمن المسمى على الأصح وإن كان قد قيل لا يصح أصلاً في شيء اهـ. قلت: فلتحفظ هذه المسألة فإنها تقع كثيراً في نحو المال المشترك بين رجلين مثلاً كدابة أو دار فإن أحدهما يبيع الكل لشريكه بصفقة واحدة وقد بحثت عنها كثيراً حتى وجدتها هنا. قوله: **(جرين التمر)** أجرن التمر

---

(١) رواه أحمد في مسنده (١/ ٢٨٨).

....

الآجام وأنه إذا كان يؤخذ باليد من غير أن يصاد فلا بأس ببيعه اهـ. والأجمة الشجر الملتف والجمع أجم مثل قصبة وقصب والآجام جمع الجمع؛ كذا في المصباح. وفي فتح القدير فرع من مسائل التهيئة: حفر حفيرة فوقع فيها صيد فإن كان اتخذها للصيد ملكه وليس لأحد أخذه، وإن لم يتخذها له فهو لمن أخذه. نصف الشبكة فتعلق بها صيد ملكه، فإن كان نصبها ليجففها من بلل فتعلق بها لا يملكه وهو لمن يأخذ إلا أن يأخذه فيجوز، ومثله إذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه ملك ما يقع فيه، ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك فلواحد أن يسبق ويأخذه ما لم يكف حجره عليه، وكذا من هيأ مكاناً للسرقين إلى آخره، وسيأتي في باب متفرقات البيوع إن شاء الله تعالى. وقد سئلت حين تأليف كتاب البيوع من هذا الشرح في سنة ثمان وستين وتسعمائة عن البحيرة بناحية كوم الشمس الجارية في وقف الحالي اليوسفي أيجوز إجارتها من الناظر لمن يصطاد السمك منها؟ ففتشت ما عندي من الكتب فلم أرها إلا في كتاب الخراج لأبي يوسف قال: وحدثنا عبد الله بن علي عن اسحق بن عبد الله عن أبي الزناد قال كتبت إلى عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أن يؤاجرها فكتب أن افعلوا. قال: وحدثنا أو حنيفة عن حماد قال طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام فكتب إليه عمر أنه لا بأس به وسماه الحبس اهـ. فعلى هذا لا يجوز بيع السمك في الآجام إلا إذا كان في أرض بيت المال، ويلحق به أرض الوقف لكن بعد مدة رأيت في الإيضاح عدم جواز إجارته.

قوله: **(والطير في الهواء)** أي لا يجوز لأنه غير مملوك قبل الأخذ فيكون باطلاً، وكذا لو باعه بعد ما أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم فيكون فاسداً، ولو سلمه بعده لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ، وعلى قول الكرخي يعود، وكذا في الطحاوي. أطلقه فشمل ما إذا جعل الطير مبيعاً أو ثمناً، وشمل ما إذا كان من عادته أنه يذهب ويجيء وهو الظاهر.

جمعه فيه والجرن بالضم حجر منقور يتوضأ منه واجترن اتخذ جريناً؛ قاموس. قوله: **(وقد سئلت حين تأليف كتاب البيوع الخ)** قال في النهر: واعلم أن في مصر بركاً صغيرة كبركة الفهادة تجمع فيها الأسماك هل تجوز إجارتها لصيد السمك منها؟ نقل في البحر عن الإيضاح عدم جوازها ونقل أولاً عن أبي يوسف في كتاب الخراج عن أبي الزناد قال: كتبت إلى عمر بن الخطاب الخ. وما في الإيضاح بالقواعد الفقهية أليق اهـ. قال الرملي أقول: والذي علم مما تقدم عدم جواز البيع مطلقاً، سواء كان في بحر أو نهر أو أجمة، وهو بإطلاقه أعم من أن يكون في أرض بيت المال أو أرض الوقف، وما تقدم عن كتاب الخراج لأبي يوسف غير بعيد أيضاً عن القواعد ومرجعه إلى إجازة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هي الاصطياد، وما حدث به أبو حنيفة عن حماد مشكل فإنه بيع السمك قبل الصيد. ويجاب بأنه في آجام هيئت لذلك وكان السمك فيها مقدور التسليم فتأمل واعتن بهذا التحرير فإن المسألة كثيرة الوقوع فيكثر السؤال عنها. قوله: **(وهو الظاهر)** أي ظاهر الرواية كما

....

وفي فتاوى قاضيخان: وإن باع طيراً له يطير إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا. وقول صاحب الهداية والحمام إذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنها مقدورة التسليم يوافقه، وصرح به في الذخيرة معزياً إلى المنتقى. وفي المعراج: باع فرساً في حظيرة فقال البائع سلمته إليك ففتح المشتري فذهب الفرس، فإن أمكنه أخذه بيده من غير عون كان تسليماً وإلا فلا لأنه لو مد يده لا يمكنه الأخذ اهـ. وفي القاموس: الطير جمع طائر وقد يقع على الواحد، والجمع طيور وأطيار والطيران محركة حركة ذي الجناح في الهواء بجناحه اهـ. والأكثر فيها التأنيث وقد تذكر؛ كذا في المصباح. والهواء ممدوداً المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية، والهواء أيضاً الشيء الخالي، والهوا مقصوراً ميل النفس وانحرافها الشيء ثم استعمل في ميل مذموم، يقال اتبع هواه وهو من أهل الأهواء؛ كذا في المصباح. قوله: **(والحمل والنتاج)** أي لا يجوز بيعهما والحمل ـ بسكون الميم ـ الجنين والنتاج حمل الحبلة والبيع فيهما باطل لنهي النبي ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولما فيه من الغرر. وفي مصنف عبد الرازق نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة. المضامين جمع مضمونة ما في أصلاب الإبل، والملاقيح جمع ملقوح ما في بطونها وقيل بالعكس، وحبل الحبلة ولد ولد الناقة. وفي البناية: الحبل ـ بفتح الباء الموحدة ـ يطلق ويراد به المصد ويراد به الاسم كما يقال له الحمل أيضاً، وأما دخول تاء التأنيث في الحبلة فإنما هي للإشعار بالأنوثة، وقيل إنها للمبالغة كما في سخرة، ويحتمل أن يكون جمع حابلة ففي المحكم امرأة حابلة من نسوة حبلة، وروى بعض الفقهاء حملت بكسر الميم ولم يثبت اهـ. وفي تلخيص النهاية: بفتح الحاء والباء وقد تسكن نتاج النتاج وهو يعم الدواب والناس. وفي السراج الوهاج: لا يجوز بيع الحمل وحده دون الأم ولا الأم دونه فلو باع الحمل وولدت قبل

في الشرنبلالية وعزاه إلى البرهان. قوله: **(إن كان داجناً)** قال الرملي: الداجن المربي في البيت. قوله: **(جاز بيعها)** قال في الفتح: لأن المعلوم عادة كالواقع وتجويز كونها لا تعود أو عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ اهـ. قال في النهر وأقول: فيه نظر لأن من شرط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه ولذا لم يجز بيع الآبق اهـ. وتعقبه بعض الفضلاء بأن ما ادعاه من اشتراط القدرة على التسليم عقبه إن أراد به القدرة حقيقة فهو ممنوع وإلا لا يشترط حضور المبيع مجلس العقد ولا يقول به أحد، وإن أراد به القدرة حكماً كما ذكره بعد هذا فما نحن فيه كذلك لحكم العادة بعوده اهـ. قلت: وهو وجيه فهو نظير بيع العبد المرسل في حاجة المولى فإنه يجوز، وعللوه بأنه مقدور التسليم وقت العقد حكماً إذ الظاهر عوده ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشتري في فسخ العقد كما سيأتي. قوله: **(بخلاف القوائم)** أي قوائم

واللؤلؤ في الصدف والصوف على ظهر الغنم والجذع في السقف وذراع من ثوب وضربة

الافتراق وسلم لا يجوز، وكذا لا تجوز هبته وإن سلم إلى الموهوب له مع الأم، ولا يجوز كتابته ولو قبلت الأم عنه، ولا الكتابة عليه، ولو تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل، ولو صالح من قصاص عليه فالصلح صحيح ويسقط القصاص والتسمية فاسدة ويكون للمولى على القاتل الدية، وإن أعتق الحمل إن جاءت به بعد العتق لأقل من ستة أشهر عتق، وإن كانت لستة أشهر فصاعداً لا، وتجوز الوصية به إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ولو خالعها على ما في بطن جاريتها أو ما في بطن بهيمتها جاز وللزوج الولد إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، وإن جاءت به لستة أشهر لا سبيل له عليها ولكن ينظر؛ إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي من ولد رجع عليها بالمهر، وإن لم تقل من ولد فلا شيء عليها. ولو باع شاة على أنها حاملة لم يجز لأن الحمل مجهول، ولو اشترى جارية على أنها حاملة إن قصد به التبري من العيب جاز، وإن قاله على وجه الشرط لم يجز، ومنهم من قال بعدم الجواز في الوجهين إذا شرط أنها حامل بجارية أو بغلام أو بجدي أو بعناق، وأما إذا لم يفسر الحمل جاز اهـ. وقد كتبنا في الفوائد الفقهية ما لا يجوز إفراده للحمل وما يجوز دون أمه فليراجع.

قوله: **(واللبن في الضرع)** أي لا يجوز بيعه للغرر فعساه انتفاخ ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره. وفي المصباح: الضرع لذات الظلف كالثدي للمرأة والجمع ضروع مثل فلس وفلوس قوله: **(واللؤلؤ في الصدف)** للغرر وهو مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو كسر الصدف. وعن أبي يوسف الجواز لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالكسر فلا يعد ضرراً. قيد به لأنه لو باع تراب الذهب والحبوب في غلافها جاز لكونها معلومة وتعلم بالقبض. وفي السراج الوهاج: لو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع، ولو باع كرش شاة مذبوحة لم تسلخ جاز وإخراجه على البائع والمشتري بالخيار إذا رآه، واللؤلؤ الدر واحده بهاء؛ كذا في القاموس. والصدف محركة غشاء الدر الواحد بهاء والجمع أصداف؛ منه أيضاً قوله: **(والصوف على ظهر الغنم)** لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزداد من أعلى، وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن في الضرع وسمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف في تجويز بيع الصوف في رواية عنه؛ كذا في الهداية. وصحح الإمام الفضلي عدم جواز بيع قوائم الخلاف لأنه وإن كان ينمو من أعلاه

الخلاف كما يأتي. قوله: **(ومنهم من أجازه للتعامل)** قدم في فصل ما يدخل تبعاً عن البزازية:

....

فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع، وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقاً عليه بل هو خلافية منهم من منعها إذ لا بد في القطع من حفر الأرض، ومنهم من أجازه للتعامل بخلاف القصيل لأنه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائماً في الأرض. وأشار المصنف إلى أن كل ما بيع في غلافه فلا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها أو أليتها أو أكارعها وجلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحوهما مما لا يمكن تسليمها إلا بإفساد الخلقة، والحبوب في قشرها مستثناة من ذلك لما أسلفناه، وكذا بيع الذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما؛ كذا في فتح القدير. وفي السراج الوهاج: لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم يجز أيضاً ولا ينقلب صحيحاً اهـ. وفي البناية معزياً إلى الصغرى: وبيع الكرات يجوز وإن كان ينمو من أسفله اهـ. والخلاف وزان كتاب شجر الصفصاف الواحدة خلافة ونصوا على تخفيف اللام، وزاد الصغاني وتشديدها من لحن العوام. قال الدينوري: زعموا أنه سمي خلافاً لأن الماء أتى به سبباً فنبت مخالفاً لأصله. ويحكى أن بعض الملوك مر بحائط فرأى شجرة الخلاف فقال لوزيره: ما هذا الشجر؟ فكره الوزير أن يقول شجر الخلاف لنفور النفس عن لفظه فسماه باسم ضده فقال شجر الوفاق فأعظمه الملك لنباهته. ولا يكاد يوجد في البادية اهـ.

قوله: **(والجذع في السقف وذراع من ثوب)** لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر. أطلقه وهو محمول على ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز، وقول الطحاوي في آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به، لا أما ما لا يتعيب فيه فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة. وأشار المصنف إلى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر في تسليم ذلك، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لأنه إنما التزم العقد ولا ضرر فيه، ويرد عليه بيع الحباب التي لا تخرج إلا بقلع الأبواب على قول من أجاز والبعض قد منعه. وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب، وهذا يفيد أن المنظور إليه في المنع تعيب المبيع، والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر؛ كذا

اشترى أشجاراً للقطع ولم يقطع حتى جاء الصيف إن أضر القطع بالأرض وأصول الشجر يعطي البائع للمشتري قيمة شجر قائم جبراً. وقال الصدر: قيمة مقطوع. وإن لم يضر بواحد قطع، وإن اشترى الشجر مطلقاً له القطع من الأصل اهـ. وقدمنا عن الخانية ما ينبغي مراجعته وسيذكر المؤلف في القولة الثانية عن المعراج إطلاق الجواز في بيع النخل والشجر على أن يقطعه المشتري. وقال في النهر وفي الصغرى: القياس في بيع القوائم أن لا يجوز ولكن جاز للتعامل، وبيع الكراث

....

في فتح القدير. فلو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل فسخ المشتري عاد صحيحاً لزوال المفسد. وذكر في المجتبى فيه أقوالاً فقيل لم يجبر على القبول إلا أن يقبل برضاه، وقيل لم يجز إلا بتجديد البيع، وقيل ينعقد تعاطياً عند أخذه، وقيل ينعقد من الأصل بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البزر في البطيخ حيث لا يصح وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً، أما الجذع فعين موجودة وبخلاف الصوف فإنه لا ينقلب صحيحاً بالتسليم. وقيد بذراع من ثوب لأنه لو باع عشرة دراهم من نقرة فضة جاز لأنه لا ضرر في تبعيضه، ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضاً كما في الهداية. وخرج أيضاً ما لا ضرر في تسليمه كبيع نخل أو شجر على أن يقطعه المشتري أو زرعاً على أن يحصده؛ كذا في المعراج. وأطلقه أيضاً فشمل ما إذا باع ذراعاً وعين الجانب فلا يجوز أيضاً كما في المعراج. وفي المجتبى: وفي جواز بيع التبن قبل أن يداس والأرز الأبيض قبل الدق والحنطة قبل الدرس وحب القطن في قطن بعينه ونوى تمر في تمر بعينه فيه روايتان اهـ.

قوله: **(وضربة القانص)** أي لم يجز ما يخرج من ضربة القانص وهو بالقاف والنون الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا، وقيل بالغين والياء الغائص. قال في تهذيب الأزهري: نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص تقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غرراً ولجهالة ما يخرج؛ كذا في فتح القدير. وصحح في البناية رواية الغائص بالغين وذكر أن القانص من قنص يقنص قنصاً إذا صاد من باب ضرب يضرب يعني أن الغائص كما في الصحاح له استعمالان: بمعنى النازل تحت الماء، وبمعنى الهاجم على الشيء. وفي الصحاح أن القنص بالتحريك الصيد، وبالتسكين مصدر قنصه صاده. ولم يذكر في القاموس سوى اقتنصه اصطاده كتقنصه ذكره في الصاد مع القاف وذكر مع الغين الغوص والغاص والغياصة والغياص الدخول تحت الماء، والمغاص موضعه وأعلى الساق، وغاص على الأمر علمه، والغواص من يغوص في البحر على اللؤلؤ اهـ. وفي المصباح: غاص من باب قال فهو غائص والجمع غاصة مثل قائف وقافة وغواص مبالغة قوله: **(والمزابنة)** هو بالجر في الكل عطفاً على الميتة أي لم يجز بيع المزابنة لنهيه ﷺ عن بيع المزابنة والمحاقلة. أما المزابنة فقال في الفائق: بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر لأنها تؤدي إلى النزاع والمدافعة من الزبن وهو الدفع. والمحاقلة من الحقل وهو القراح من الأرض وهي الطيبة التربة الخالصة من شائبة السبخ الصالحة للزرع، ومنه حقل يحقل إذا زرع، والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة

وإن كان ينمو من أسفله يجوز للتعامل أيضاً وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلي على المنع في القوائم. قوله: **(وفي المجتبى وفي جواز بيع التبن الخ)** قال في النهر: وجزم الولوالجي في بيع حب

القانص والمزابنة والملامسة والقاء الحجر وثوب من ثوبين والمراعي وإجارتها والنحل ويباع دود

بالثلث أو الربع وغيرهما، وقيل هي اكتراء الأرض بالبر، وقيل بيع الطعام في سنبله بالبر، وقيل بيع الزرع قبل إدراكه، وفي رواية ورخص في العرايا. قال: العرية النخلة التي يعريها الرجل محتاجاً أي يجعل له ثمرتها فرخص للمعري أن يبتاع ثمرتها من المعرى بتمر لموضع حاجته. سميت عرية لأنه إذا وهب ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منها ثم اشتق منها الإعراء اهـ. واقتصر في الهداية في تفسير المحاقلة على القول الثالث، وجوز الشافعي بيع المزابنة فيما دون خمسة أوسق لنهيه عن المزابنة ورخص في العرايا وهي أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق. وأجاب أصحابنا بأن العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجاز لأنه لا يملكه فيكون براً مبتدأ؛ كذا في الهداية. وأصحابنا خرجوا عن الظاهر من ثلاثة أوجه: الأول إطلاق البيع على الهبة. الثاني قوله رخص يخالف ما قرروه وجوابه أنه رخصة في الوفاء بالوعد والعزيمة أن يفي بالموعود فأعطى غيره مع كونه ليس بإخلاف للوعد رخصة. الثالث التقييد بما دون خمسة أوسق فائدة، وعلى مذهبنا لا فائدة له، وجوابه لأن الواقعة في القليل. ومن مشايخنا من ادعى أن الترخيص في بيع العرايا منسوخ بالنهي عن بيع العرايا. ومنهم من قال تعارض المحرم والمبيح فقدم المحرم وهو مردود بأن الرخصة متصلة بالنهي فلا يصح القول بنسخ لترخيص للاتصال، وقد ثبت في البخاري أنه نهى عن بيع المزابنة ثم رخص بعد ذلك في بيع العرايا، فبطل القول بالنسخ والله الموفق. والخرص الحزر. وكذا لا يجوز بيع العنب بالزبيب، ومعنى النهي أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل كما لو كانا موضوعين على الأرض. ثم اعلم أن تعريف المزابنة بأنها بيع الثمر بالتمر خلاف التحقيق، والأولى أن يقال بيع الرطب بتمر إلى آخره لأنه الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطباً أو غيره، وإذا لم يكن رطباً جاز لاختلاف الجنس، ولو كان الرطب على الأرض كالتمر لم يجز بيعه متساوياً عند العلماء إلا أبا حنيفة لما سيأتي في باب الربا.

قوله: **(والملامسة والقاء الحجر)** ومثلها المنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية فنهى عنها وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساوما فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع رضي البائع أو لم يرض، والأول بيع الملامسة، والثاني بيع المنابذة، والثالث القاء الحجر ولأن فيه تعليقاً بالحظر ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن قوله: **(وثوب من ثوبين)** لجهالة المبيع، وتقدم في خيار الشرط أنه

القطن بالجواز والأوجه في بيع نوى التمر ولو تمراً بعينه الفساد. قوله: **(أن يبتاع ثمرتها من المعرى بتمر)** الأول بالثاء المثلثة والمراد به الرطب والثاني بالتاء المثناة. قوله: **(ولأن فيه تعليقاً بالخطر)** فإنه في معنى إذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو إذا نبذته أو لمسته؛ كذا في الفتح.

. . . .

إذا جعل للمشتري خيار التعيين جاز فيما دون الثلاثة فلذا أطلقه هنا. وفي المعراج: وكذا عبد من عبدين لا يجوز، ولا خلاف فيه لأحد حتى لو قبضهما وماتا معاً يضمن نصف قيمة كل واحد منهما لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر أمانة وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمان، ولهذا لو كان البيع صحيحاً بأن كان فيه خيار المشتري يضمن نصف ثمن كل واحد والفاسد معتبر بالصحيح والقيمة هنا كالثمن ثمة، ولو ماتا مرتبين ضمن قيمة الأول لأنه تعين مضموناً لتعذر الرد فيه، ولو حررهما معاً عتق أحدهما لأنه ملك أحدهما بالقبض، وإن حرر أحدهما لم يصح أي لو قال البائع أو المشتري أحدهما حر ولو قالا متعاقباً عتقا لأن كل واحد أعتق ملكه وملك غيره فيصح في ملكه والبيان إلى المشتري لأن من نفذ فيه عتقه مضمون بالقيمة والقول في المضمون قول الضامن، ولو قبض أحدهما بإذن البائع فهلك غرم قيمته اهـ. وقيد بالقيمي إذ بيع المبهم في المثلي جائز. قال في التلخيص من باب بيع المبهم: لو اشترى أحد عبدين أو ثوبين فسد لجهل يورث نزاعها ضد المثلي، فلو قبضهما ملك أحدهما والآخر أمانة وفاء بالعهد إلى آخره. قوله: **(والمراعي وإجارتها)** أي لا يجوز بيع الكلأ وإجارته، أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث «الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار»[1] وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح، ولو عقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى. وفي المصباح: والرعي بالكسر والمرعى بمعنى وهو ما ترعاه الدواب والجمع المراعي اهـ. قيد بالمراعي بمعنى الكلأ لأن بيع رقبة الأرض وإجارتها جائزان. ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها، وتجفيف الثياب يعني إذا أوقد رجل ناراً فلكل أن يصطلي بها، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه. ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحيض والأنهار المملوكة، وفي الكلأ أن له احتشاشه وإن كان في أرض مملوكة غير أن لصاحب الأرض أن يمنع من الدخول في

قوله: **(ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن)** أي ليكون علة الفساد ما ذكر وإلا كان الفساد لعدم ذكر الثمن إن سكتا عنه لما سيأتي أن البيع مع نفي الثمن باطل ومع السكوت عنه فاسد أو لتحقق هذه البيوع فإنه ذكر في تعريفها أن يتساوما سلعة وقد قال في الفتح: التساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها اهـ. فظهر أن ما قيل فائدة التقييد أنه إن لم يسبق ذكر الثمن فالبيع باطل غير ظاهر تأمل. قوله: **(جاز فيما دون الثلاثة)** كذا في النسخ وصوابه «فيما دون الأربعة». قوله: **(ومنه لو حدق)** أي حوط. رملي قوله: **(لقائل أن يقول ينبغي الخ)** قال

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٦٠. ابن ماجه في كتاب الرهون باب ١٦. أحمد في مسنده (٥/ ٣٦٤) بلفظ «المسلمون شركاء...».

. . . .

أرضه، وإذا منع فلغيره أن يقول أن لي في أرضك حقاً فإما أن توصلني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن المالك في دخوله ليأخذه، وإما أن يخرجه إليه أما إذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لأنه ملكه بذلك، وظاهر أن هذا إذا نبت بنفسه، فأما إذا كان سقى الأرض وأعدها للإنبات فنبت ففي الذخيرة لا والمحيط والنوازل يجوز بيعه لأنه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد، وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة فيحمل كلام المصنف على ما إذا لم يعدها للإنبات، ومنه لو حدق حول أرضه وهيأها للإنبات حتى نبت القصب صار ملكاً له. والقدوري منع بيعه. وإن ساق الماء إلى أرضه ولحقه مؤنة لبقاء الشركة وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة لكن الأكثر على الأول إلا أن على هذا القائل أن يقول ينبغي إن حاز البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي وإن لم يكن في أرض مملوكة له؛ كذا في فتح القدير، وسيأتي إن شاء الله تعالى بقية الكلام عليه في كتاب الشرب والحيلة في جواز إجارته أن يستأجرها أرضاً لإيقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل به غرضهما. ويدخل في الكلأ جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطباً كان أو يابساً بخلاف الأشجار لأن الكلأ ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه حتى يجوز بيعها إذا نبتت في أرضه لكونها ملكه، والكمأة كالكلأ. وفي القاموس: الكم نبات والكمأة للواحد والكمؤ للجمع أو هي تكون واحدة وجمعاً اهـ.

قوله: **(والنحل)** أي لم يجز بيعه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز

في النهر وأقول: يمكن أن يفرق بينهما بأن سقى الكلأ كان سبباً في إنباته فنبت بخلاف الماء فإنه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر اهـ. وقال الرملي: أصح القولين عند الشافعي أنه يملكه، سواء حفرها في أرض موات أو ملك، وعندنا لا يملكه فيهما. وأقول: المنقول أن صاحب البئر لا يملك الماء وقدمه هذا الشارح في كتاب الطهارة في شرح قوله «وانتفاخ حيوان وتفسخه» عن الولوالجية فراجعه. وهذا ما دام في البئر أما إذا أخرجه منها بالاحتيال كما في السواقي التي ببلادنا فلا شك في ملكه له بذلك لحيازته له في الكيزان التي نسميها القواديس أولاً ثم صبه في البرك بعد حيازته تأمل. وأقول: البئر في كلام الفقهاء غالباً للمعين وأما غيره فيقال فيه صهريج وجب ونحو ذلك، وقد يطلق على غير المعين. والذي يجب التعويل عليه في الماء أن يقال بالحيازة يملك فيضمن وعلى هذا يجب أن يملك في الصهاريج المتخذة في البيوت للحيازة قطعاً لأنها بمنزلة الحباب، وقد أفتيت به ولا يخالفه ما في الولوالجية من قوله: ولو نزح ماء بئر رجل بغير إذنه حتى ييبست لا شيء عليه لأن صاحب البئر غير مالك للماء، ولو صب ماء رجل كان في الحب يقال له املأ الماء لأن صاحب الحب مالك للماء وهو من ذوات الأمثال فيضمن مثله اهـ. لأن كلامه في البئر المعين، وأما

القز وبيضه والآبق إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده ولبن امرأة وشعر الخنزير وينتفع به وشعر

إذا كان محرزاً وهو معنى ما في الذخيرة إذا كان مجموعاً لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار. ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج. أطلقه فشمل ما إذا كان بيع تبعاً للكوارات وفيها عسل وهو قول الكرخي، وذكر القدوري أن بيعه تبعاً للكوارة فيها عسل جائز وأنكره الكرخي وقال: إنما يدخل الشيء في البيع تبعاً لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه؛ كذا في الفوائد الظهيرية. وأجيب عنه بأن التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الموجود، والنحل تابع له في المقصود بالبيع. والكوارة ـ بضم الكاف وتشدد الواو ـ معسل النحل إذا سوى من طين. وفي التهذيب: كوارة النحل مخففة. وفي المغرب بالكسر من غير تشديد. وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم؛ كذا في فتح القدير. وفي المصباح: كوارة النحل بالضم والتخفيف والتثقيل لغة عسلها في الشمع، وقيل بيتها إذا كان فيه العسل، وقيل هو الخلية وكسر الكاف مع التخفيف لغة اهـ. وسيأتي أن الفتوى على قول محمد قوله: **(ويباع دود القز وبيضه)** أما الدود فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة لأنه من الهوام، وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً، وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به. وأما بيضه فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز لمكان الضرورة، وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده وإنما اختار المؤلف قول محمد في الدود والبيض لكونه المفتى به ولكن يرد عليه أن الفتوى على قول محمد أيضاً في بيع النحل كما في الذخيرة والخلاصة فلم اختار قوله في الدود دون النحل بلا مرجح، ولعله لم يطلع على أن الفتوى على قوله فيهما. وفي المصباح: القز معرب. قال

الصهاريج التي توضع لاحراز الماء في الدور فلا شك في أن ماءها يصير مملوكاً لأصحابها بمنزلة الحباب والأواني فتأمل. وصورة ما رفع إلي من بيت المقدس فيما إذا استأجر داراً للسكن في بيوتها وفي الدار صهريج معد لجمع ماء الأشتية وفيه ماء قبل الإجارة، فهل هذا الماء ملك المؤجر ليس للمستأجر فيه إلا ما أباحه المؤجر؟ فأجبت نعم الصهاريج التي في الدور المعدة لجمع ماء الأشتية الموضوعة لاحراز الماء يملك ماؤها وهي بمنزلة الحباب كما هو مستفاد من تعليلهم في مسألة الأنهار المملوكة والآبار والحياض بقولهم لأنها لم توضع للإحراز، والمباح لا يملك إلا بالإحراز، وأنت على يقين بأن الصهاريج التي في الدور إنما وضعت للإحراز فليس للمستأجر إلا ما أباحه المؤجر. قوله: **(فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة)** قال في النهر: واعلم أنه يحتاج على قول الإمام إلى الفرق بين النحل والدود حيث أجاز بيعه تبعاً دون الدود ولا إشكال على ما روي عن الكرخي أنه لا يجوز في النحل تبعاً. قوله: **(ولعله لم يطلع على أن الفتوى على قوله فيهما)** استبعده في النهر واعتذر عن المصنف بقوله وكأنه لقوة المدرك في النحل. وكذا استبعده الرملي ثم قال: وإنما الجواب عنه أنه ربما قام

....

الليث: هو ما يعمل منه الإبريسم ولهذا قال بعضهم: القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق اهـ. وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها، والجمع خزان مثل صرد وصردان منه أيضاً. قيد بالنحل والدود لأن ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب لا يجوز بيعه اتفاقاً، ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك ولكن في الذخيرة: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية مرعل يجوز وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتمول الناس له. وفي المصباح: العلق شيء أسود شبيه الدود يكون في الماء يعلق بأفواه الإبل عند الشرب اهـ. وقيد بالبيع لأنه لو كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز عند محمد، وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان. وفي فتاوى الولوالجي: امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق وأجر مثلها، ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله، وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف؛ كذا في فتح القدير ومحلها كتاب الإجارات.

ولم يذكر المؤلف بيع الحمام وذكره في الهداية فقال: والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم. وفي الذخيرة: إذا باع برج حمام مع الحمام فإن باع ليلاً جاز لأن في الليل يكون الحمام بجملته داخل البرج ويمكن أخذه منه من غير الاحتيال فيكون بائعاً ما يقدر على تسليمه، وفي النهار يكون بعضه خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتيال فلا يجوز اهـ. قوله: **(والآبق)** أي لم يجز بيع الآبق لنهي النبي ﷺ عنه

عنده دليل اختيار قولهما في النحل، وقول محمد في دود القز وبيضه ويفرق بينهما بفارق يلوح من قول بعضهم يجوز بيعه ليلاً ولا يجوز بيعه نهاراً لأنه يكون مجتمعاً حالة الليل متفرقاً حالة النهار في المراعي. قوله: **(ولكن في الذخيرة إذا اشترى العلف الخ)** انظر هل يقال مثله في بيع الدودة وهي القرمز التي يصبغ بها بناء على ما اشتهر من أن أصلها دود له روح يخنق بالكلس وبالخل، ومقتضى التعليل الجواز فإنها كثيرة الاحتياج بين الناس ولها مداخل كثيرة عند أرباب الصنائع وهي من أنفس الأموال عندهم وقد أجاز وأبيع السرقين تأمل. قوله: **(فإن باع ليلاً جاز الخ)** ألغز فيه الشيخ رمضان العطيفي فقال على هامش نسخته المكتوبة بخطه:

يا إماماً في فقه نعمان أضحى ... حائز السبق مفرداً لا يجاري

أي بيت يجوز بيعك إيا ... ه بليل ولا يجوز نهاراً

اهـ. قال الرملي: وتقدم في شرح قوله «والطير في الهواء» أنه إذا علم عوده وأمكن تسليمه

....

ولأنه لا يقدر على تسليمه، ولو باعه ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء. وعن أبي حنيفة أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع، وهكذا يروى عن محمد؛ كذا في الهداية. والأول ظاهر الرواية وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي كما في الذخيرة، وأولوا تلك الرواية بأن المراد بها انعقاد البيع بالتعاطي الآن. أطلقه فشمل ما إذا باعه لابنه الصغير فإنه لا يجوز، وكذا اليتيم في حجره بخلاف ما إذا وهبه له فإنه يجوز. والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع وهو منتفٍ وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظراً للصغير لأنه لو عاد عاد إلى ملك الصغير؛ هكذا في فتح القدير والتبيين. وفي فتاوى قاضيخان من الهبة خلافه قال: ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير لا يجوز وإن باعه جاز اهـ. فقد عكس الحكم على ما نقله الشارحون ولم أر أحداً منهم نبه على هذا، والحق ما ذكره القاضي لما في المعراج: ولو باع الآبق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له أو ليتيم في حجره يجوز لأن ما بقي له من اليد في الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع اهـ. وأما صاحب الذخيرة فذكر في البيوع أن الأب لو باع العبد المرسل في حاجته لابنه الصغير جاز ولم يذكره في الآبق. وذكر في كتاب الهبة: لو وهب عبدا فله آبقاً من ابنه الصغير فما دام متردداً في دار الإسلام تجوز الهبة ويصير الأب قابضاً لابنه بنفس الهبة؛ ذكر هذه المسألة في الجامع، وفي المنتقى عن أبي يوسف: لو تصدق بعبد أبق له على ابنه الصغير لا يجوز، وروى المعلى عنه أنه يجوز فحصل عن أبي يوسف في المسألة روايتان اهـ. وشمل كلامه أيضاً ما إذا باعه بعد ما أبق من يد الغاصب مع أنه جائز منه لما في الذخيرة: وإذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب ثم إن المالك باع العبد من الغاصب وهو آبق بعد فالبيع جائز، والأصل أن الإباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجاً إليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك، فأما إذا لم يكن التسليم محتاجاً إليه كما في مسألتنا يجوز البيع اهـ. وقيد بالآبق لأن العبد المرسل في حاجة المولى يجوز بيعه، ولو باعه وليس بآبق ثم أبق قبل القبض فإن المشتري بالخيار في فسخ ذلك العقد ولا يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يحضر العبد اهـ. وجعل الراد على البائع كما في القنية وخرج أيضاً بيع المغصوب فقد ذكر محمد في الأصل أنه موقوف إن أقر به الغاصب تم البيع ولزم،

يجوز ولم يفرق بينهما إذا كان بالنهار فراجعه. قوله: **(وأولوا تلك الرواية الخ)** هذا أيضاً ينافي ما قدمه أول كتاب البيوع من التعاطي لا ينعقد بعد بيع باطل أو فاسد ما لم يفسخ العقد الأول. قوله: **(وفي فتاوى قاضيخان من الهبة خلافه)** قال في النهر: ووقع في الخانية في بعض النسخ

....

وإن جحده وكان للمغصوب منه بينة عادلة فكذلك الجواب. وإن لم يكن له بينة ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع وبعض مشايخنا قالوا: قول محمد في الكتاب وإن لم يكن للمغصوب منه بينة ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع بظاهره غير صحيح، وينبغي أن لا ينتقض البيع لأن البيع وإن فات فقد أخلف بدلاً والمبيع إذا فات وأخلف بدلاً لا ينتقض البيع إلا أن يختار المشتري النقض فكان تأويل قول محمد انتقض البيع إذا اختار المشتري. وبعضهم قالوا: إنه بظاهره صحيح وينتقض البيع من غير اختيار المشتري إلى آخر ما في الذخيرة. وقيد ببيعه لأن هبته جائزة كما قدمناه على المعراج، وأما إعتاقه فجائز لكن إن أعتقه عن كفارة عليه فإنه لا يجوز حتى تعلم حياته كما في المعراج، ويصح جعله بدل خلع كما قدمناه في بابه عند قوله «ولو اختلعت على عبد أبق لها على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وأما جعله بدل صلح»[١].

قوله: (إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده) فيجوز البيع لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حقهما وهذا غير آبق في حق المشتري، ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع. ولم يذكر المصنف أنه يكتفي بقبضه عن قبض المبيع للتفصيل قالوا: إن كان أشهد وقت أخذه أنه أخذه ليرده على مالكه كان أمانه في يده فلا ينوب عن قبض البيع، فلو هلك قبل أن يصل إلى سيده لم يضمنه فينفسخ البيع ويرجع على سيده بالثمن، ولو كان لم يشهد صار قابضاً لأنه قبض غصب؛ هكذا اقتصر الشارحون هنا. وذكر في الذخيرة: إذا اشترى ما هو أمانة في يده من وديعة أو عارية فإنه لا يكون قابضاً إلا إذا ذهب المودع أو المستعير إلى العين وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه الآن يصير المشتري قابضاً بالتخلية، فإذا هلك بعد ذلك يهلك من مال المشتري، فإن فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضاً ثم أراد البائع أن يحبسها بالثمن لم يكن له ذلك لأنه لما باعه منه مع علمه أن المبيع في يد المشتري وهو يتمكن من القبض يصير راضياً بقبض المشتري دلالة اهـ. وقيد ببيعه ممن يزعم أنه عنده لأنه لو باعه من رجل يزعم أنه عند آخر فإنه لا يصح ولكنه فاسد إذا قبضه المشتري ملكه بخلاف بيع الآبق فإنه باطل فلذا كتبنا في الفوائد الفقهية أن بيع الآبق يكون باطلاً وفاسداً وصحيحاً قوله: (ولبن امرأة) بالجر أي لم يجز بيع لبن المرأة لأنه

عكس هذا الحكم وفي بعضها كما ذكرنا وهي المعول عليها، وكان الأولى تحريف ولم يطلع صاحب البحر على الثانية فجزم بالأولى اهـ. وانظر ما وجه جزمه بالأول وأظن أنه سبق قلم بدليل استشهاده بعبارة المعراج. قوله: (والحق ما ذكره القاضي) أي قاضيخان والظاهر أن في العبارة سقطاً من الكاتب والأصل والحق خلاف ما ذكره القاضي لأن ما نقله عن المعراج مخالف لما ذكره

---

(١) هنا بياض في الأصل.

....

جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، أطلقه فشمل لبن الحرة والأمة وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف يجوز بيع لبن الأمة لجواز إيراد البيع على نفسها فكذا على جزئها. قلنا: الرق حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهي الحي ولا حياة في اللبن فلا يكون محلاً للعتق ولا للرق فكذا البيع، فشمل ما إذا كان في إناء أو لا، والأولى أن يقيد مراده بما إذا كان في وعاء كما قيده في الهداية لأن حكم اللبن في الضرع قد تقدم، وأشار المصنف إلى أنه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال وإلى أنه لا يحل به التداوي في العين الرمداء وفيه قولان: فقيل بالمنع، وقيل بالجواز إذا علم فيه الشفاء. هكذا في فتح القدير هنا. وقال في موضع آخر: وأهل الطب يثبتون نفعاً للبن البنت للعين وهذه من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالخمر. واختار في الخانية والنهاية الجواز إذا علم أن فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره وسيأتي إن شاء الله تعالى تمامه في الحظر والإباحة. وقيد بلبن المرأة لأنه يجوز بيع لبن الأنعام. قال الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني: جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها وجواز بيع لبن الأنعام دليل على فساد إجارتها.

قوله: **(وشعر الخنزير)** أي لم يجز بيعه إهانة له لكونه نجس العين كأصله فالبيع هنا لو جاز لكان إكراماً وفي الخمر والخنزير كذلك لو جاز لكان إعزازاً وقد أمرنا بالإهانة، وفي لبن المرأة لو جاز لكان إهانة لها وقد أمرنا بإعزاز الآدمي فالفعل الواحد وهو البيع هنا يجوز أن يكون إعزازاً بالنسبة إلى محل وإهانة بالنسبة إلى آخر مثلاً إذا أمر السلطان بعض الغلمان بالوقوف عند الفرس بحضرته كان إعزازاً له، ولو أمر القاضي بذلك لكان إهانة له. وحاصله أن جواز بيع المهان إعزاز له وجواز بيع المكرم إهانة له قوله: **(وينتفع به)** أي يجوز الانتفاع بشعر الخنزير دفعاً لما يتوهم من منع بيعه ولكنه مقيد بالخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباحاً فلا حاجة إلى القول بجواز بيعه وشرائه حتى لو لم يوجد لم يكره

القاضي. قوله: **(كما قيده في الهداية)** أي حيث قال في قدح قال في النهر: وهذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله كيلا يظن أن امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره؛ كذا في الفتح. وقال في الحواشي السعدية: وهذا بعيد جداً بعدما تقدم أن بيع اللبن في الضرع لا يجوز اهـ. وبيانه أن امتناع بيعه في الضرع قد علم مما مر فذكر منع بيع لبن المرأة بعده نص في المنع بعد الانفصال فلا حاجة إلى التقييد به، وبه اندفع ما في البحر من أن ذكره أولى لأن حكم اللبن في الضرع قد تقدم على أنا لا نسلم أنه مستفاد مما تقدم بما قدمناه من أن الضرع خاص بذوات الأربع كالشدي للمرأة، وحينئذ فإنما أطلقه المصنف ليعم ما قبل الانفصال وما بعده. قوله: **(ولكنه مقيد بالخرز للضرورة)** هذا بناء على قول أبي يوسف بنجاسته؛ أما على قول محمد الآتي من أنه طاهر فلا يتقيد الانتفاع به بالخرز ولا

الإنسان والانتفاع به وجلد الميتة قبل الدباغ وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها

شراؤه للأساكفة للحاجة، وكره بيعه لعدمها كما أفتى به الفقيه أو الليث، وظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ولذا قيل: لا ضرورة إلى الخرز به لإمكانه بغيره. وكان ابن سيرين لا يلبس خفاً خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ولذا روي عن أبي يوسف كراهة الانتفاع به إلا أن يقال إن إمكان الخرز بغيره وإن وقع لفرد بسبب تحمله مشقة في خاصة نفسه لا يجوز أن يلزم العموم حرجاً مثله، وحيث كان جواز الانتفاع به للضرورة والأصل أن ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها أفتى الإمام أبو يوسف بنجاسته فيتنجس الماء القليل إذا وقع فيه، وطهره محمد لأن جواز الانتفاع به دليلها، والصحيح قول أبي يوسف لما قدمناه، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم فهو مخرج على قول محمد بطهارته، وأما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه لأن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع على ثيابهم هذا المقدار قوله: **(وشعر الإنسان والانتفاع به)** أي لم يجز بيعه والانتفاع به لأن الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتذلاً وقد قال النبي ﷺ «لعن الله الواصلة والمستوصلة» وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن؛ كذا في الهداية. وصرح في فتح القدير بأن الآدمي مكرم وإن كان كافراً. والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء، والمستوصلة المعمول بها بأذنها ورضاها. ولعن في الحديث النامصة والمتنمصة والنامصة هي التي تنقص الحاجب لتزينه والمتنمصة هي التي يفعل بها ذلك.

قوله: **(وجلد الميتة قبل الدبغ)** أي لم يجز بيعه لأنه غير منتفع به قال عليه السلام «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب» وهو اسم لغير المدبوغ فيكون نجس العين بخلاف الثوب والدهن المتنجس فإنها عارضة. قيد بما قبل الدبغ لأنه لو باعه بعده جاز لحل الانتفاع للطهارة ولذا قال: **(وبعده يباع وينتفع به)** وقيد بالميتة لأن جلد المذكاة يجوز بيعه قبل الدباغة ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدبغ فيجوز بيعها والانتفاع بها ما عدا الأكل لطهارتها بالذكاة إلا جلد الخنزير قوله: **(كعظم الميتة وصوفها وعصبها وقرنها ووبرها)** أي

بالضرورة. قال الزيلعي في تعليل عدم إفساده الماء: إذا وقع فيه لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته اهـ. وهذا يقتضي جواز بيعه عند محمد أيضاً ولذا قال في النهر: وينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد. قوله: **(لأن المال ما يمكن إحرازه الخ)** قال الرملي: عبارة الزيلعي «ومحل البيع المال وهو ما يمكن إحرازه وقبضه والهواء لا يمكن إحرازه». قوله: **(ولهذا يضمن بالإتلاف)** قال الرملي: وفي شرح المجموع لابن ملك لا يضمن بالإتلاف فراجعه. والظاهر أن ما هنا مخرج على غير ظاهر الرواية اهـ. قلت قال في النهر بعد نقل ما ذكره المؤلف عن الزيلعي: وأما تضمينه بالإتلاف بالمعنى الذي

وقرنها ووبرها وعلو سقط وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه وشراء ما باع بالأقل قبل النقد وصح

يجوز بيعها والانتفاع بها لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل، والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به وجوز بيع القرد على المختار قوله: **(وعلو سقط)** أي لم يجز بيع علو بعد انهدامه لأن الباقي بعد سقوطه حق التعلي وهو ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل المبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن وسيأتي تمامه في الشرب إن شاء الله تعالى. وقيد بسقوطه لأن بيعه قبل سقوطه جائز كما في فتح القدير لأن المبيع البناء فعلى هذا يجوز بيع سقف البيت قبل نقضه كما يجوز بيع البناء قبل هدمه لكن في عمدة الفتاوى: لا يجوز بيع بناء الوقف قبل هدمه ولا الأشجار الموقوفة المثمرة قبل قلعها بخلاف غير المثمرة اهـ. وأشار المصنف إلى أن العلو لو سقط قبل القبض فإن البيع يبطل كهلاك المبيع قبل القبض كما في فتح القدير، والعلو خلاف السفل بضم العين وكسرها؛ كذا في المصباح. ولم يذكر المصنف بيع الطريق والمسيل. وفي الهداية: وبيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء وهبته باطل، والمسألة تحتمل وجهين: بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل؛ فإن كان المراد الأول فهو الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً، أم المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء. وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان، وجه الفرق على أحدهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق، وأما المسيل على السطح فهو حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله. ووجه الفرق بين حق المرور وحق التلعي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان اهـ.

قوله: **(وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه)** أي لم يجز بيع أمة ظهر أنه عبد وعكسه وهو بيع عبد تبين أنه جارية بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق

ذكره الشارح فهو إحدى الروايتين، والفتوى على أنه لا يضمن كما في الذخيرة. وفي الظهيرية: وهو الأصح. وعن الشيخ جلال الدين ابن صاحب الهداية أنه قصر ضمانه بالإتلاف على ما إذا شهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال: لا وجه للضمان بالإتلاف إلا بهذه الصورة لأنه لو ضمن بغيرها فإما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه للأول لأن الماء مشترك بين الناس ولا إلى الثاني لأن منع حق الغير ليس سبباً للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد؛ كذا في الفتح. قوله: **(قيد بسقوطه الخ)** قال في الفتح فرع: باع العلو قبل سقوطه جاز فإن سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض اهـ. وفي الخانية: رجل له علو وسفل فقال لرجل بعت منك علو هذا السفل بكذا جاز البيع ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار، وكذا لو انهدم هذا العلو كان

....

يبتني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر دون الأصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما؛ كذا في الهداية. والأصل المذكور لمحمد رحمه الله تعالى متفق عليه هنا ويجري في سائر العقود من النكاح والإجارة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال والبيع في مسألة الكتاب باطل لعدم المبيع، وبه ظهر أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان فقهاً وإن اتحدا جنساً في المنطق لأنه الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل، والجنس في الفقة المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشاً بلا نظر إلى الذاتي. والوذاري بفتح الواو وكسرها وإعجام الذال ثم راء مهملة نسبة إلى وذار قرية من قرى سمرقند. والزنديجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم ياء ثم جيم نسبة إلى زندنه بفتح الزاي والنون الأخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد أصلهما؛ هكذا ذكر صاحب الهداية عن المشايخ. قال في فتح القدير: ومن المختلفي الجنس ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير كما إذا باع عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب؛ هكذا ذكر المصنف وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز وكان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة التي ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أولاً في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار. وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص وصحح الأول لفوات غرض المشتري وكان مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبداً على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار له لأنه خير مما عين. وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما لا يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فإنه يفيد أن حاجته التي لأجلها اشترى هي هذا الوصف اهـ. وقد ظهر من كلامهم أن من اشترى فصوصاً ثم اختلفا قال المشتري شرطت لي ياقوتاً وأنكره البائع أنه إن كان ما ظهر من خلاف جنس الياقوت تحالفاً وفسخ البيع لأن الاختلاف في جنس المبيع، وإن كان ما ظهر من جنسه وإنما الفائت الوصف، فإن

للمشتري أن يبني عليه علواً آخر مثل الأول لأن السفل اسم لمبنى مسقف فكان سطح السفل سقفاً للسفل اهـ. فتأمله مع قول المؤلف «لأن المبيع البناء» قوله: **(كذا ذكر المصنف)** أي صاحب الهداية.

قوله: **(بما لا يليق به)** أي بالسيد تأمل.

. . . .

كان المبيع بمرأى من عين المشتري وقت البيع فلا خيار له ولو أقر البائع بالشرط لما قدمناه عن قاضيخان في شرح اشتراط الخبز والكتابة قبيل باب خيار الرؤية، وإلا فالقول للبائع لأن الاختلاف في اشتراط وصف كالاختلاف في اشتراط الخبز ولذا ضورها في الفتح بما إذا اشترياه ليلاً لإخراج ما إذا كان نهاراً بمرأى من عينه وقد صارت حادثة الفتوى وأجبت بما ذكرناه والله الموفق للصواب.

قوله: **(وشراء ما باع بالأقل قبل النقد)** أي لم يجز شراء البائع ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فهو مرفوع عطفاً على «بيع» لا أنه مجرور عطفاً على المجرورات لأنه لو كان كذلك لصار المعنى لم يجز بيع شراء وهو فاسد. وإنما منعنا جوازه استدلالاً بقول عائشة رضي الله تعالى عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع وقعت المقاصصة فبقي له فضل بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة. أطلق في الشراء فشمل شراءه من كل وجه والشراء من وجه كشراء من لا تجوز شهادته له فإنه لا يجوز أيضاً كشرائه بنفسه خلافاً لهما في غير العبد والمكاتب. وأطلق فيما باعه فشمل ما باعه بنفسه أو بوكيله وما باعه أصالة أو وكالة كما شمل الشراء لنفسه ولغيره إذا كان هو البائع، وشمل أيضاً شراء الكل أو البعض كما في القنية. وخرج شراء وارث البائع ووكيله عند الإمام لأن العقد وقع له لكونه أصيلاً في الحقوق خلافاً لهما لكونه قائماً مقامه ولكن لا تطيب له الزيادة عند الإمام وإن ملكها، وأما شراء البائع ممن اشترى من مشتريه فجائز وفاقاً. وشرط في السراج الوهاج لجواز شراء وارث البائع أن يكون ممن تجوز شهادته للمورث في حياته وإلا لا يجوز وهو قيد حسن أغفله كثير وإن كان معلوماً من بيان حكم شراء من لا تجوز شهادته له وأراد

قوله: **(قبل نقد الثمن)** قال الرملي: وسواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً كما صرح به في الهداية. قوله: **(وخرج شراء وارث البائع ووكيله الخ)** قال الرملي م: أبو حنيفة ولم يجعل الموكل مشترياً بشراء الوكيل حتى قال لو باع الرجل شيئاً بنفسه ثم وكل رجلاً أن يشتري له ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فاشتراه الوكيل فإنه يجوز عنده خلافاً لهما، وكذلك الجواب فيما إذا اشترى من وارث من باع منه بمنزلة الشراء ممن باع ولم يجعل محمد شراء وارث البائع بمنزلة شراء البائع حتى قال: لو مات البائع فاشترى وارثه ما باع بأقل مما باع جاز. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في الفصلين جميعاً وبعض مشايخنا قالوا: قول أبي يوسف فيما إذا كان المشتري وارثاً للبائع نظير قول أبي حنيفة رحمه الله إذا كان غير وارث تقبل شهادته له، أما إذا كان وارثاً لا تقبل شهادته له كالوالد والولد ومن بمثابتهما لا يجوز شراؤه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما. وبعضهم قالوا: على قول أبي حنيفة يجوز شراء وارث البائع على كل حال، سواء كان وارث البائع ممن تقبل شهادته له

....

المؤلف رحمه الله تعالى الشراء من مشتريه حقيقة أو حكماً كالشراء من وارث مشتريه. والفرق بين الوارثين أن وارث البائع إنما لم يقم مقامه لأن هذا مما لا يورث وهو إنما يقوم مقامه فيما يورث بخلاف وارث المشتري فإنه قام مقامه في ملك العين وهذا من أحكامها. وقيد بما باع لأن المبيع لو انتقص خرج أن يكون شراء ما باع فيكون النقصان من الثمن في مقابلة ما نقص من العين، سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو بأكثر منه، وعلى هذا تفرع ما قالوا لو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها البائع بأقل إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالأقل، وإن لم تنقصها لا يجوز لأنه يحصل به ربح لم يدخل في ضمانه؛ كذا في فتح القدير. ولا بد أن يكون النقصان فيها من حيث الذات لأن العين لو نقصت قيمتها بتغير الأسعار لم يجز الشراء بالأقل لأن تغيير السعر غير معتبر في حق الأحكام لأنه فتور في الرغبات لا فوات جزء كما في حق الغاصب وغيره فعاد إليه كما خرج عن ملكه فظهر الربح. وقيد بالأقل احترازاً عن المثل أو الأكثر فإنه جائز، ولا بد من اتحاد جنس الثمنين لأنه حينئذ يظهر النقصان، فإن اختلف الجنس جاز مطلقاً والدراهم والدنانير هنا جنس واحد احتياطاً، وقدمنا أنهما جنسان إلا في ثمانية في أول البيوع فإذا كان النقد الثاني أقل من قيمة الأول لم يجز. وأطلق في الأقلية فشمل الأقل قدراً والأقل وصفاً، فلو باع بألف نسيئة إلى سنة ثم اشتراه بألف نسيئة إلى سنتين فسد عندنا. وقيد بقوله «قبل النقد» إذ بعده لا فساد، وفي القنية: لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز وكذا لو أحال البائع على المشتري اهـ. وفي السراج الوهاج: لا يجوز أن يشتريه بأقل من الثمن وإن بقي من ثمنه درهم، ولا بد من نقد جميع الثمن، ولو خرج المبيع عن ملك المشتري ثم عاد إليه فإن عاد إليه بحكم ملك جديد كالإقالة قبل القبض أو بعده أو بالشراء أو الهبة أو بالميراث فشراء البائع منه بالأقل جائز، وإن عاد إليه بما هو فسخ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فالشراء منه بالأقل لا يجوز؛ كذا في السراج الوهاج. وذكر الشارح هنا فروعاً فقال[1].

قوله: **(وصح فيما ضم إليه)** أي صح البيع في المضموم إلى شراء ما باعه بالأقل قبل النقد كأن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقده الثمن بخمسمائه فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويفسد في الأخرى لأنه لا بد أن يجعل

أو لا كما هو قول محمد رحمه الله وتمامه في التتارخانية. قوله: **(خلافاً لهما)** أي في مسألة شراء الوكيل كما يفيده التعليل وعبارة التتارخانية السابقة. قوله: **(إن وارث البائع إنما لم يقم مقامه الخ)** انظر مع هذا وجه ما قدمه آنفاً عن السراج واستحسنه.

---

(١) بياض بالأصل.

فيما ضم إليه وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً وصح لو شرط أن يطرح عنه بوزن الظرف وإن اختلفا في الزق فالقول للمشتري ولو أمر ذمياً بشراء خمر

بعض الثمن في مقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع وهذا فاسد عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لكونه ضعيفاً للاجتهاد فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربا أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسري إلى غيرها. وأورد على التعليل الأول ما لو أسلم قوهياً في قوهيّ ومروي فإنه باطل في الكل عنده، وعندهما يصح في المروي كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل، وعندهما يصح في حصة الزيت مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه. فإن أسلم هروياً في هروي جاز عند الشافعي ولا مخلص منه إلا بتغيير تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد بالإجماع عليه إلا تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما وهو قبول العقد في الهروي شرطاً لقبوله في المروي فيفسد في المروي بالشرط الفاسد، وفي الهروي باتحاد الجنس؛ كذا اعترف به شمس الأئمة بعد أن علل به هو في شرح الجامع. وأشار المصنف إلى أن البائع لو اشتراه مع رجل آخر فإنه يجوز من الأجنبي في نصفه قوله: **(وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً وصح لو شرط أن يطرح عنه بوزن الظرف)** أي لم يجز بيع شيء بهذا الشرط وصح البيع بالشرط الثاني لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني بقتضيه قوله: **(وإن اختلفا في الزق فالقول للمشتري)** يعني لو رد المشتري الزق وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غيره وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضميناً كان أو أميناً، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة، وإذا برهن البائع قبلت بينته. وأورد على ما في الكتاب مسألتان: إحداهما ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع. والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اختلافهما في الثمن. وأجيب عن الأول بأنها مع هذه طرد فإن كون القول للمشتري لإنكاره للزيادة وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة، وعن الثاني بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند وجود الاختلاف في الثمن قصداً وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أم لا فلا يوجب التحالف؛ كذا في فتح القدير. والزق بالكسر الظرف وبعضهم يقول ظرف زيت أو قبر والجمع أزقاق وزقاق وزقان مثل كتاب ورغفان؛ كذا في المصباح.

قوله: **(ولا يشيع الفساد لكونه ضعيفاً للاجتهاد فيه)** قال الرملي أقول: ولم يسر الفساد إلى الثانية لأنه ضعيف لكونه مجتهداً فيه أي محل اجتهاد وقابل له وإلا فخلاف الشافعي إنما جاء بعد وضع المسألة فكيف يوضع على شيء لم يقع بعد؟ ويجوز أن يكون الخلاف واقعاً قبل وضعها بل هو

أو بيعها صح وأمة على أن يعتق المشتري أو يدير أو يكاتب أو يستولد أو إلا حملها أو يستخدم البائع شهراً أو داراً على أن يسكن أو يقرض المشتري درهماً أو يهدي له أو يسلم إلى كذا أو ثوب على أن يقطعه البائع أو يخيطه قميصاً وصح بيع نعل على أن يحدوه ويشركه لا

قوله: **(ولو أمر ذمياً بشراء خمراً وبيعها صح)** أي التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه عند أبي حنيفة. وقالا: لا يجوز على المسلم. وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده. لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجزئه، ولأبي حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمراً يخللها ويدفع ثمنها إلى الوكيل، وإن كان خنزيراً يسيبه ولم يذكر المصنف حكم ثمن ما باعه له. قال الشارح: يتصدق بثمن الخمر إن باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه وقولهما إنه لا يليه فلا يوليه منقوض بمسائل الوكيل بشراء معين له أن يوكل بشرائه له وإن لم يله لنفسه. ومنها إذا مات ذمي وله خمر فللقاضي أن يأمر ذمياً ببيعها مع أنه لا يليه بنفسه. ومنها المسلم الوصي لذمي يوكل ذمياً ببيع خمره مع أنه لا يليه، وقد كتبنا في الفوائد غير هذه. وفي فتح القدير: بقي أن يقال إذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أو يسيب الخنزير وبريق الخمر أو يخللها بقي تصرفاً غير معقب لفائدته، وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تنكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأي فائدة في الصحة؟ اهـ. وفي القنية من الزكاة: مسلم له خمر وكل ذمياً ببيعها فللمسلم أن يصرف ثمنها إلى الفقراء من زكاة ماله وتصح اهـ.

قوله: **(وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد أو إلا حملها أو يستخدم البائع شهراً أو داراً على أن يسكن أو يقرض المشتري درهماً أو يهدي له أو يسلم إلى كذا أو ثوب على أن يقطعه البائع أو يخيطه قميصاً)** أي لم يجز بيع أمة بشرط منها وهو فاسد لأنه بيع وشرط وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط كما رواه عمرو بن شعيب رضي الله عنه. وخصصه الشافعي بما عدا العتق وجوز البيع بشرط العتق وهو رواية عن أبي حنيفة كما ذكره الأقطع عملاً بحديث بريرة فإن عائشة رضي الله تعالى عنها اشترتها بشرط العتق وأجازه عليه السلام وأبطل الشرط فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء إنما الولاء لمن أعتق. ولم يخصه به

الأظهر، ونوقض بما إذا باعهما بألف وخمسمائة فإن البيع فاسد؛ نص عليه شمس الأئمة وفخر الإسلام. ولو كان الفساد في مسألة الكتاب ما ذكر لما فسد لأنه عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة. قال في الفتح: والحق أن بينهما فرقاً فإن هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار، فإذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر إلا وكادة فإن الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل؛ كذا في

....

أصحابنا بناء على أصلهم أن العام يعارض الخاص ويطلب منه أسباب الترجيح والمرجح هنا العام وهو النهي عن بيع وشرط لكونه مانعاً، وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي. وأما حديث جابر في مسلم من أنه باع جملاً للنبي ﷺ وشرط له ظهره إلى المدينة، فعلى مذهب الشافعي لم يقع الشرط في صلب العقد فلم يفسد، وعلى أصلنا قدم العام الحاظر على الخاص المبيح كما قدمناه. وأشار المصنف بالعتق وما عطف عليه إلى كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع بجوازه، فلا بد في كون الشرط مفسداً للبيع من هذه الشرائط الخمسة؛ فإن كان الشرط يقتضيه العقد فإنه لا يفسد كشرط أن يحبس البيع إلى قبض الثمن ونحوه، فإن كان لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعاً فلا مرد له كشرط الأجل في الثمن وفي المبيع السلم وشرط الخيار لا يفسده، وإن كان متعارفاً كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز، وإن كان ملائماً للبيع لا يفسده كالبيع بشرط كفيل بالثمن إذا كان حاضراً وقبلها أو غائباً فحضر وقبل قبل التفرق، وكشرط رهن معلوم بالإشارة والتسمية فإن حاصلهما التوثق للثمن. قيدنا بحضرة الكفيل لأنه لو كان غائباً فحضر وقبل بعد التفرق أو كان حاضراً فلم يقبل لم يجز. وقيدنا بكون الرهن مسمى لأنه لو لم يكن مسمى ولا مشاراً إليه لم يجز إلا إذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه إليه قبل أن يتفرقا أو يعجل الثمن ويبطلان الرهن، وإذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر وإنما يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفعهما خير البائع في الفسخ واشتراط الحوالة كالكفالة. ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط، ومعنى كونه ملائماً أن يؤكد موجب العقد؛ كذا في الذخيرة. وفي السراج الوهاج أن يكون راجعاً إلى صفة المبيع أو الثمن كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة وفيها يقال للمشتري في مسألة الرهن ادفعه أو عجل الثمن، وفي القدوري: يقال للمشتري إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تفسخ العقد لأن يد الاستيفاء للبائع إنما تثبت على المعنى وهو القيمة، ولا شك أن الرهن لو هلك فإن المشتري يدفع قيمته أو يعجل الثمن، ولو اشترى عبداً على أن يعطي البائع المشتري كفيلاً بما أدركه من درك، فإن كان الكفيل مجهولاً فسد

النهر اهـ. قوله: **(وإن كان خنزيراً يسيبه)** انظر لم لم يقولوا يقتله مع أن تسييب السوائب لا يحل. قوله: **(وكل ما هو كذلك ليس بمشروع)** قال في النهر: لا نسلم أن مثله ليس بمشروع أما في البيع فلأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة إذ قد مر قريباً أن شعر الخنزير إذا لم يوجد مباح الأصل جاز بيعه وإن لم يطب ثمنه، وأما في الشراء فقد أفاد فائدة في الجملة هي تحليل الخمر ومثله لا يعد غير مشروع. قوله: **(وفي القنية من الزكاة الخ)** كأنه ذكره استدراكاً على قول الفتح فأي فائدة في الصحة. قوله: **(بشرط منها)** أي من الشروط المذكورة في المتن.

....

البيع، وإن كان معيناً حاضراً وقبل أو كان غائباً فحضر قبل التفرق وقبل جاز اهـ. ولم يذكر الرهن على الدرك لأنه غير جائز وتفسير المنفعة لأحد المتعاقدين اشتراط أن يهبه المشتري شيئاً أو يقرضه أو يسكن الدار شهراً أو يخدمه العبد شهراً، ولو شرط أن خراجها على البائع فسد، وإن شرط الزائد على خراجها عليه جاز لأنه شرط أن لا يجب عليه تحمل الظلم، ولو شرط أن خراجها كذا فجاء أزيد أو انقص فسد البيع لأنه باع بشرط أن يجب على المشتري خراج أرض أخرى.

هذا إذا علم، فإن لم يعلم جاز ويخير المشتري. ولو اشترى خراجية الأصل بلا خراج أو غير الخراجية مع الخراج بأن كان للبائع خراجية وضع خراجها على هذه فسد، وإن لم تكن في الأصل خراجية فوضع عليها جاز، وتمامه في البزازية. ومما فيه نفع للمشتري اشتراط خياطة الثوب على البائع أو طحن الحنطة أو قطع الثمرة وتفسير منفعة المعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق اشتراط أن لا يبيع العبد أو لا يهبه أو لا يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه فإن المملوك يسر أن لا تتداوله الأيدي، وكذا بشرط أن لا يخرجه عن مكة. وفي الخلاصة: اشترى عبداً على أن يبيعه جاز، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز لأن له طالباً. وفي البزازية: اشترى عبداً على أن يطعمه لم يفسد وعلى أن يطعمه خبيصاً فسد، وقيدنا بكونه من أهل الاستحقاق أي من أهل أن يستحق حقاً على الغير وهو الآدمي لأنه لو كان حيواناً غير آدمي أو ثوباً فالبيع بهذا الشرط جائز. وخرج أيضاً ما إذا شرط منفعة لأجنبي كان يقرض البائع أجنبياً فالبيع صحيح كما في الذخيرة معزياً إلى الصدر الشهيد قال: وذكر القدوري أنه يفسد، وصورته أن يقول المشتري للبائع اشتريت منك هذا على أن تقرضني أو تقرض فلاناً. وفي المنتقى قال محمد رحمه الله تعالى: كل شيء يشترط المشتري على البائع يفسد به البيع، فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان الأجنبي كذا فهو باطل كما إذا شرط على البائع أن يهبه، وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به البيع فإذا شرطه على أجنبي فهو جائز وهو بالخيار، ومن ذلك ما إذا اشترى شيئاً على أن يحط فلان الأجنبي عنه كذا جاز البيع وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك. وروى ابن سماعة

قوله: **(وخرج أيضاً ما إذا شرط منفعة الأجنبي)** خرج بقوله وفيه منفعة لأحد العاقدين، وظاهر قول الزيلعي وفيه منفعة لأهل الاستحقاق، ثم قوله وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والأجنبي أن اشتراطه للأجنبي مفسد موافقاً لما يأتي عن القدوري والمنتقى وفي الدر المختار عن حاشية أخي زاده أنه الأظهر اهـ. وفي الفتح: وكذا أي مثل ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين إذا كانت المنفعة لغيرهما، ومنه إذا باع ساحة على أن يبني بها مسجداً أو طعاماً على أن يتصدق به فهو فاسد. قوله: **(فهو باطل)** أي فالشرط باطل كما في البزازية. وفي الفتح عن الولوالجية: لو قال

. . . .

عن أبي حنيفة إذا اشترى من آخر شيئاً على أن يهب البائع لابن المشتري أو لأجنبي من الثمن كذا فسد البيع. وخرج أيضاً شرط فيه مضرة لأحدهما كما لو باع ثوباً بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه جاز البيع وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف فاسد وهو رواية. واختلف المشايخ فيما إذا باع على أن يعطي ثمنه من مال فلان ومن منفعة البائع المفسدة للبيع ما إذا شرط أن يدفع المشتري الثمن إلى غريم البائع لسقوط مؤنة القضاء عنه، ولأن الناس يتفاوتون في الاستيفاء فمنهم من يسامح ومنهم من يماكس. ومنها أيضاً ما لو باع بألف وشرط أن يضمن المشتري عنه ألفاً لغريمه ومن منفعة المشتري ما إذا باع بستاناً بشرط أن يبني البائع حوائطه؛ كذا في الذخيرة. وفي فتح القدير: ما لو باع ساحة على أن يبني بها مسجداً أو طعاماً على أن يتصدق به فهو فاسد اهـ. وخرج أيضاً ما لا مضرة فيه ولا منفعة كأن اشترى طعاماً بشرط أكله أو ثوباً بشرط لبسه فإنه يجوز، وخرج عن الاقتضاء ما في المجتبى: اشتراه على أن يدفعه إليه قبل دفع الثمن أو قال على أن تدفع الثمن في بلد آخر فسد البيع.

وفي شرح المجمع معزياً إلى النوازل: لو قال بعت منك هذا على أن أحط من ثمنه كذا جاز، ولو قال على أن أهب منك كذا لم يجز البيع لأن الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط اهـ. وقيد بـ«على» لأن الشرط لو كان بان فإن البيع يفسد في جميع الوجوه إلا في مسألة ما إذا قال إن رضي أبي أو فلان في ثلاثة أيام كما سيأتي فيما يصح تعليقه وما لا يصح، والتفصيل السابق إنما هو إذا علق بكلمة «على». وقيد بكون الشرط مقارناً للعقد لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قيل يلتحق عند أبي حنيفة، وقيل لا وهو الأصح كما في جامع الفصولين في الفصل التاسع والثلاثين، ولكن في الأصل إذا ألحقا بالبيع شرطاً فاسداً يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان الإلحاق بعد الافتراق عن المجلس وصورته: لو باع فضة بفضة وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه وقبله الآخر فالبيع فاسد عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: البيع صحيح وتبطل الزيادة والحط. وقال محمد: الزيادة باطلة والحط جائز ولو كان الشرط في العقد فأبطلاه إن كان المفسد في صلب العقد صح الحط في المجلس، ولا يصح فيما وراء المجلس اهـ. وقيد بـ«على» دون الواو لأنه لو زاد الواو بأن قال بعتك هذا بكذا وعلى أن تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطاً وهو نظير ما لو كان دفع لرجل أرضاً بيضاء فيها نخيل فقال دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع كان شرطاً للمزارعة في المعاملة. ولو قال وعلى أن تزرع لم تفسد المزارعة، ويعرف من هاتين المسألتين كثير من المسائل؛ كذا في الذخيرة وتبعه في البزازية. وقيد بإخراج ما ذكر مخرج

بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبي. قوله: **(لأنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد)** انظر ما سيذكره المؤلف قبيل الصرف عند قوله

....

الشرط لأنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد كما إذا باع بستاناً على أن يعمر حوائطه وأخرجه مخرج الوعد ولكن لو لم يبن البائع لم يجبر ويخير المشتري في الرد؛ كذا في الذخيرة لكن لم يبين بماذا يكون إخراجه مخرج الوعد وهو أحد الأجوبة عن حديث بريره فإن البيع لم يكن بشرط العتق وإنما كان بوعد عتقها. وبين الإمام اسحق الولوالجي صورة إخراجه مخرج الوعد قال: اشتر حتى ابني الحوائط وخرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد لأن الملائم للعقد الإطلاق. وعند أبي يوسف يجوز في الأول لأنه ملائم، وعند محمد يجوز فيهما في الأول لما قاله أبو يوسف، وفي الثاني إن لم يقتضه العقد لا يرجع نفعه إلى أحد فهو شرط لا طالب له. ولم يفصل المؤلف بين شرط وشرط في الفساد وهو كذلك إلا البيع بشرط العتق فإن المشتري إذا أعتقه صح البيع ووجب الثمن عليه عند أبي حنيفة. وقالا: يبقى فاسداً فتجب القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر. ولأبي حنيفة أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منتهي للملك والشيء بانتهائه يتقرر، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا أتلف بوجه آخر لا تتحقق الملائمة فتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال موقوفاً بخلاف ما إذا دبرها أو استولدها فإنهما لا ينهيان الملك لجواز قضاء قاضٍ ببيعهما، وأجمعوا أن المشتري لو أتلفه أو باعه أو وهبه تلزمه قيمته؛ كذا في السراج الوهاج. ومن الشروط المفسدة ما في القنية: اشترى بطيخة على أنها حلوة أو شاة على أنها تحلب كذا أو زيتوناً أو سمسماً على أن فيه كذا مناً أو شاة أو ثوراً على أن فيه كذا مناً من اللحم فسد البيع في الكل لتعذر معرفته قبل العمل وعجز البائع عن الوفاء به اهـ.

ولو اشتراه على أن يؤدي الثمن من بيعه فهو فاسد إن شرط، وإنما ذكر استثناء الحمل من الشروط لأنه لما كان غير صحيح صار شرطاً فاسداً، والأصل فيه أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة، وكذلك الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل

«والشركة» قوله: **(فإن المشتري إذا أعتقه)** أي بعد القبض كما في النهر ثم قال: وأجمعوا على أنه لو أعتقه قبل القبض لا يجوز. قوله: **(والبيع يبطل به)** قال الرملي: مراده يفسد وقد تبعه في النهر في

....

ميراثاً والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها؛ كذا في الهداية. والغلة كالخدمة وأورد مسألة الخدمة على الأصل السابق. وأجيب بأنه إما مطرد غير منعكس والإيراد على العكس، وإما بأن الكلام في العقد والوصية ليست بعقد فلا ترد؛ كذا في النهاية. ولا يخفى أنها عقد مشتمل على الإيجاب والقبول فالأوجه الأول. وتفرع على القاعدة أنه يصح استثناء قفيز من الصبرة لجواز إفراده ولا يصح استثناء شاة من قطيع لعدم جواز إفرادها من قطيع إذا لم تكن معينة، وأما إذا عينها بالإشارة فالاستثناء صحيح، وكذا الحال في كل عددي متفاوت. وصح استثناء أرطال معلومة من بيع الثمرة لجواز إيراده على الأرطال ابتداء وهو المعتمد. ومن مسائل الاستثناء: باع صبرة بمائة إلا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن، ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافاً للمروي عن محمد أنه بالجميع. وعن أبي يوسف أنه لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد، ولو قال إلا هذه كان ما بقي بمائة، ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين، ولو قال بعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بألف وخمسمائة لأن المعنى باع نصفه بألف لأنه الباقي بعد الاستثناء. فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة. ولو قال على أن لي نصفه بثلاثمائة أو مائة دينار فسد لإدخال صفقة في صفقة. ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقاً إلى داري هذه الداخلة فسد البيع، ولو قال إلا طريقاً إلى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة. ولو باع بيتاً على أن لا طريق للمشتري في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز، ولو زعم أن له طريقاً فظهر أن لا طريق له يرد، ولو باع بألف دينار إلا درهماً أو إلا ثوباً أو إلا كر حنطة أو هذه الشياه إلا واحدة لا يجوز، ولو كانت بعينها جاز، ولو باع داراً على أن لا بناء فيها فإذا فيها بناء فالبيع فاسد لأنه يحتاج إلى نقض البناء، ولو باعها على أن بناءها من آجر فإذا هو لبن فسد بناء على أنهما جنسان كما لو باعه ثوباً على أنه هروي فظهر بلخياً. ولو باع الأرض على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها أو اشتراها بشجرها فليس فيها شجر جاز وله الخيار، وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر أن لا علو لها ومثله لو اشترى بأجذاعها؛ كذا في فتح القدير.

قوله: **(وصح بيع نعل على أن يحذوه ويشركه والقياس فساده)** لما فيه من النفع للمشتري مع كون العقد لا يقتضيه، وما ذكره جواب الاستحسان للتعامل وفي الخروج عن العادة خرج بين بخلاف اشتراط خياطة الثوب لعدم العادة فبقي على أصل القياس. وتسمير

هذا التفسير وقد قدم في أول القولة قوله «أي لم يجز بيع أمة بشرط منها وهو فاسد» قوله: **(أو هذه الشياه)** هذه المسألة مكررة بما مر آنفاً. قول المصنف: **(إن لم يدر العاقدان ذلك)** قال الرملي: ولو

البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر العاقدان ذلك وإلى قدوم

القبقاب كتشريك النعل كما في فتح القدير. وفي البزازية: اشترى ثوباً أو خفاً خلقاً على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه صح للعرف ومعنى يحذوه يقطعه قوله: **(لا البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر العاقدان ذلك)** أي لا يجوز البيع وهو فاسد لجهالة الأجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم بالأيام لأن صومهم بالأيام معلوم فلا جهالة فيه. والنيروز أول يوم من الصيف وهو أول يوم تحل فيه الشمس الحمل. والمهرجان أول يوم من الشتاء وهو أول يوم تحل فيه الشمس الميزان؛ كذا في السراج الوهاج. ثم قال: وإنما خص الصوم بالنصارى والفطر باليهود لأن صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم واليهود بعكسه مع أنه إذا باع إلى صوم اليهود فالحكم كذلك لا

دراه أحدهما ولم يدر الآخر فكذلك لا يجوز لإفضائه إلى المنازعة. وعبارة الإصلاح لابن كمال باشا إن لم يعرف أحدهما ذلك اهـ. والعبارة الخالية من النقد إن لم يدريا أو أحدهما تأمل. قوله: **(والنيروز أول يوم من الصيف الخ)** قال في النهر: هذا إنما يتم بناء على أن الربيع من الصيف والخريف من الشتاء وقد مر في الصلاة نظيره وإلا فالفصول أربعة كما لا يخفى. وقيل: هما عيدان للمجوس اهـ. وذكر قبله النيروز أول يوم من طرف الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل والمهرجان يوم في طرف الخريف وهو أول يوم من الشتاء تحل فيه الشمس الميزان اهـ. ولا يخفى أن قوله «وهو أول يوم من الشتاء» مبني على أن الخريف من الشتاء وإلا فأول فصل الشتاء هو أول يوم تحل فيه الشمس في الجدي فلو أسقطه لكان أولى تأمل. وفي القهستاني: النيروز أنواع نيروز العامة وهو أول يوم من فرد مين ماه، ونيروز الخاصة وهو النيروز الخاص، ونيروز السلطان وهو أول يوم يكون في نصف نهار والشمس في أول درجة من درجات الحمل، ونيروز المجوس ويقال له نيروز الدهاقين وهو اليوم الذي تحل فيه الشمس في الحوت. والمهرجان نوعان: عامة وهو أول يوم من الخريف أعني اليوم السادس عشر من مهرماه، وخاصة وهو اليوم السادس والعشرون منه اهـ. قوله: **(ثم قال الخ)** قال الرملي: لا يخفى على ذي فهم أن قوله في المتن «إن لم يدر المتعاقدان ذلك تبعاً لما في غيره» أن المدار على علم المتعاقدين لا غير لأخذ الجهالة علة في الفساد والحكم يدور معها كيفما دارت، فيجب أن يكون النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطرهم وفطر اليهود وصومهم سواء في ذلك تأمل. قوله: **(مع أنه إذا باع إلى صوم اليهود فالحكم كذلك)** أي أن علماه صح وإلا فلا وتأمله مع قوله «لأن صوم النصارى غير معلوم الخ». وفي القهستاني: وصوم النصارى سبعة وثلاثون يوماً في مدة ثمانية وأربعين يوماً فإن ابتداء صومهم يوم الاثنين الذي يكون قريباً من اجتماع النيرين الواقع ثاني شباط وثامن آذار ولا يصومون يوم الأحد ولا يوم السبت إلا يوم السبت الثامن والأربعين، ويكون فطرهم يعني يوم عيدهم يوم الأحد بعد ذلك. وفطر اليهود أن يأكلوا سبعة أيام من خامس عشر من

الحاج والحصاد والدياس والقطاف ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز ولو أسقط الأجل قبل حلوله

يتفاوت فيكون المعنى إلى صوم النصارى وفطرهم وإلى فطر اليهود وصومهم فاكتفى بذكر أحدهما اهـ قوله: **(وإلى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف)** أي لا يجوز البيع إلى هذه الآجال لأنها تتقدم وتتأخر. والحصاد بكسر الحاء وفتحها، ومثله القطاف وهو للعنب، والدياس وهو دوس الحب بالقدم ليتكسر وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها، ولم يذكر الجذاذ وذكره في الهداية واختلف في معناه فقيل جز الصوف من ظهور الغنم، وقيل جذاذا النخل؛ قاله الحلواني. وفي نسخ الهداية وفتح القدير بالزاي المكررة أخت الراء. وذكر الزيعلي أنه بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في قطع النخل اهـ. فعلى هذا لم يكن بالزاي. وذكره في المصباح في فصل الذال المعجمة وفصل الزاي وأن كلاً منهما بمعنى قطع وهما من باب قتل. قيد بالبيع إلى هذه الآجال لأنه لو باع مطلقاً عنها ثم أجل الثمن إليها لم يفسد لكونه تأجيلاً للدين فالمفسد ما كان في صلب العقد؛ كذا في الهداية. وفي فتاوى قاضيخان: تبايعا بيعاً جائزاً ثم أخر الثمن إلى الحصاد قال محمد بن الفضل: يفسد البيع. وعن محمد لا يفسد ويصح التأخير لأن التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل إلى مجهول كالكفالة إليها، وقدمنا أنه لو باع بثمن مؤجل ولم يعينه ففيه خلاف، وفي القنية: باع بألف نصفه نقد ونصفه إلى رجوعه من دهشان فهو فاسد والفتوى على انصرافه إلى شهر. وبينا مسائل التأجيل عند قوله «وصح بثمن حال ومؤجل» والله أعلم قوله: **(ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز)** لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة

الشهر السابع من شهر تاريخهم ابتداؤه قبل سنة الروم بشهر لموافقة موسى وقومه، وأما فطر اليهود كما في الهداية وغيرها فليس بيوم مشهور عنهم إلا أن يقال أريد يوم أفطروا فيه فإنهم يصومون بنص التوراة ستة وثلاثين يوماً اهـ. قول المصنف: **(والدياس)** قال الرملي قال المطرزي: الدياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب ويكرر عليه الدوس يعني الجرجر حتى يصير تبناً. والدياس صقل السيف واستعمال الفقهاء إياه في موضع الدياسة تسامح أو وهم اهـ. قوله **(قال محمد بن الفضل يفسد البيع)** قدمنا عند قول المصنف في كتاب البيوع «وصح بثمن حال وبأجل معلوم» عن الخانية أيضاً أن الفساد قول أبي حنيفة وأنه الصحيح. وفي غاية البيان وقال شمس الأئمة السرخسي: فإن قيل كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على أن يكون التأجيل إلى هذه الأوقات المجهولة متحملاً ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة اليسيرة حيث يتحمل جهالة الوصف ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال اهـ. ثم قال: جواب هذا الفصل غير محفوظ في الكتب وبين مشايخنا فيه اختلاف، والأصح أنه تثبت هذه الآجال في الصداق لأنه لا شك أن اشتراط هذه الآجال لا تؤثر في أصل النكاح بخلاف البيع فيبقى هذا خللاً في الدين المستحق بالعقد.

قوله: **(وقدمنا أنه لو باع الخ)** قال الرملي: قدم أنه يفتي بأنه يتأجل إلى شهر قال: كأنه لأنه

....

يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها، ولأنه معلوم الأصل ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه. قيد بهذه الأوقات لأنه لو كفل إلى هبوب الريح فهي باطلة لأنها متفاحشة وتأتي في بابها قوله: **(ولو أسقط الأجل قبل حلوله صح)** أي لو أسقط من له الأجل وهو المشتري الأجل المفسد للبيع قبل الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج انقلب البيع صحيحاً لأن الفساد كان للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحاً بإسقاط الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد، وبخلاف إسقاط الأجل في النكاح الموقت لكونه متعة وهو غير عقد النكاح. وقال في مختصر القدوري: تراضيا على إسقاطه بالتثنية وخالفه المؤلف فوحد الضمير لقوله في الهداية: وقوله في الكتاب «تراضيا» خرج وفاقاً لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. وقيد بهذه الآجال لأنهما لو تبايعا إلى هبوب الريح أو مطر السماء ثم تراضيا على إسقاطه لا ينقلب العقد جائزاً لأن هذا ليس بأجل بل الأجل

هو المعهود في الشرع في السلم واليمين ليقضين دينه آجلاً فقوله «وفي القنية» إلى قوله «فهو فاسد» اعتراض بين قوله «وقدمنا أنه لو باع بثمن مؤجل ولم يعين ففيه خلاف» وبين قوله «والفتوى على انصرافه إلى شهر» أو أنه لمسألة القنية وتكون العلة في ذلك أن العادة للذهاب والإياب عندهم شهر فصار كأنه ضربه بعينه وهذا هو الظاهر تأمل. قول المصنف: **(ولو أسقط آجل قبل حلوله صح)** قال الرملي: وقيده في شرح المجمع لابن ملك بالمجلس وعبارته: وقيدنا بقولنا قبل التفرق لأنه لو تفرقا قبل ذلك تأكد الفساد ولا ينقلب جائزاً بالاتفاق من الحقائق فليتأمل. كذا رأيت بخط شيخ الإسلام ابن عبد الله محمد الغزي رحمه الله تعالى وفيه نظر، فإن هذا القيد لم يذكره غيره، وصريح كلام الشارح بخلافه فقد قال: أي لو باع إلى هذه الآجال ثم أسقط المشتري الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز ومثله يصد ما في هذا الشرح وغيره ولو كان شرطاً لاقتصر عليه ولم يذكر مجيء الأجل إذا ذكره والحالة هذه لغو فتأمل. اهـ ملخصاً. أقول: وقد راجعت الحقائق شرح المنظومة النسفية فوجدت ما يفيد خلال ما نقله ابن الملك عنها ونص عبارتها في باب ما اختص به زفر: اعلم أن البيع بأجل مجهول لا يجوز إجماعاً، سواء كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس مثلاً أو متفاوتة كهبوب الريح وقدوم واحد من سفره، فإن أبطل المشتري الأجل المجهول المتقارب قبل محله وقبل فسخ العقد بالفساد انقلب البيع جائزاً عندنا، وعند زفر لا ينقلب. ولو مضت المدة قبل إبطال الأجل تأكل الفساد ولا ينقلب جائزاً إجماعاً، وإن أبطل المشتري الأجل المجهول المتفاوت قبل التفرق ونقد الثمن انقلب جائزاً عندنا، وعند زفر لا ينقلب جائزاً. ولو تفرقا قبل الإطال تأكد الفساد ولا ينقلب جائزاً إجماعاً من شرح الطحاوي في أول السلم. قلت: ذكر أبو حنيفة رحمه الله تعالى الأجل المجهول مطلقاً وقد بينت أن إسقاط كل واحد مؤقت بوقت على حدة

صح ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك.

ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح قد يتصل بكلامه فعرفنا أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد؛ كذا في السراج الوهاج. وفي فتح القدير: والذي يحتاج بعد هذا الجواب ما إذا أسقط الرطل الخمر فيما إذا باع بألف ورطل من خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحاً ذكره في آخر الصرف اللهم إلا أن يقال هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما إذا باع بالخمر فإنه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن إذ لا مستتبع هناك اهـ. وفي جامع الفصولين خلافه، أجمعوا أنه لو باع قناً بألف درهم ورطل خمر ثم أبطلا الخمر لم يعد جائزاً اهـ.

قوله: **(ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك)** أما الأول فهو قول أبي حنيفة. وقالا: يصح إن سمى لكل واحد ثمناً، وأفسد البيع زفر في الكل فالأصل عنده أنه إذا جمع بين حل وحرام فإنه يفسد في الكل فصل أو لا، وقاس الثاني على الأول إذا محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل. ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين أجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما للجهالة. ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة، أما البيع في هؤلاء فموقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولذا ينعقد في عبد الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه، ومتروك التسمية عمداً كالميتة، وأم الولد والمكاتب

اهـ. بحروفه. وتقدم ذلك أيضاً في كلام المؤلف في شرح قول المتن «وبثمن حال ومؤجل» أول كتاب البيوع وعزاه إلى السراج فتنبه لهذا فقد جعل الشيخ محمد الغزي ما ذكره عن ابن الملك من مسائل متنه التنوير وتبعه شارحه الحصكفي عليه ووقع لابن الكمال مثل ما لابن ملك قول المصنف: **(ومن جمع بين حر وعبد)** قال الرملي: أو جمع بين دنين من الخل فإذا أحدهما خمر، وهذا إذا قال بعتهما، أما إذا قال بعت أحدهما فقبل الآخر صح في القن تصحيحاً لتصرفه كما في الخلاصة. وقوله «أو بين شاة ذكية وميتة» المراد بالميتة التي ماتت حتف أنفها كما قيده به في الدرر والغرر والنهر وذكر الاحتراز في شرحه فراجعه اهـ. قوله: **(فأفتى مفتيها)** هو مولانا أبو السعود جامع أشتات

....

كالمدبر، وفيما إذا جمع بين ملك ووقف روايتان، وما ذكره المؤلف هو الصحيح لأن الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال غير أنه لا يباع لأجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر لكن أراد بالوقف ما ليس بمسجد فإن المسجد لو ضم إلى الملك فإنه يبطل فيهما لأن المسجد كالحر؛ كذا ذكره الشارح. وقيده في التجنيس بالعامر لأن المسجد الخراب لو ضم إلى الملك لم يبطل في الملك لجواز بيع المسجد إذا خرب في أحد القولين فصار مجتهداً فيه كالمدبر، ولا يشكل ما في المحيط من أنه لو باع قرية ولم يستثن ما فيها من المساجد والمقابر فالأصح الصحة في الملك لأن ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى عادة. ثم اعلم أنه قد وقعت حادثة في القسطنطونية هي جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة فأفتى مفتيها بعدم الصحة في الملك كالوقف فاعترض عليه بأنه مخالف للأصح، فأجاب بأنه محمول على وقف لم يحكم بصحته ولزومه ليكون كالمدبر مجتهداً فيه أما ما قضى القاضي به فهو كالحر للزومه إجماعاً فيسري الفساد إلى الملك، لكن يرد عليه ما صرح به قاضيخان في فتاواه أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه وليس هو كالحر بدليل أنه لو ضم إلى ملك لا يفسد البيع في الملك، وهكذا في الظهيرية. وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو إطلاق الوقف لأنه بعد القضاء وإن صار لازماً بالإجماع لكنه يقبل البيع بعد لزوم الوقف، إما بشرط الاستبدال وهو صحيح على قول أبي يوسف المفتى به أو بضعف غلته كما هو قولهما أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه فللناظر بيعه كما في فتاوى قاضيخان أو بقضاء قاضٍ حنبلي ببيعه فإن عنده بيع الوقف يجوز ويشتري ببدله ما هو خير منه كما في معراج الدراية فكيف يجعل الوقف كالحر مع وجود هذه الأسباب المجوزة لبيعه والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

العلوم تغمده الله تعالى برضوانه؛ كذا في النهر. قال: ووافقه بعض علماء العصر من المصريين ومنهم شيخنا الأخ إلا أنه قال في شرحه هنا يرد عليه الخ. قوله: **(ولكن يرد عليه ما صرح به قاضيخان الخ)** فإن قلت: يمكن حمل القضاء في كلام قاضيخان على القضاء بصحته لا بلزومه فلا يرد ما أفتى به مفتي الروم. قلت: هو مطلق فيحمل على الكامل وهو القضاء بلزومه والله تعالى أعلم، ولأن في حمله على القضاء بلزومه فائدة بخلاف حمله على القضاء بالصحة فإنه لا فائدة فيه لأنه صحيح بدونه. أقول: وكلام شيخنا رحمه الله تعالى في شرحه هذا يفيد أن بيع الوقف فاسد وليس بباطل كما في الحر لكن في جواهر الفتاوى صرح ببطلانه، وكلامه ظاهر في أنه لا يفيد الملك فليراجع والله تعالى أعلم؛ كذا في حاشية الرملي. وفي الشرنبلالية صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف وأحسن بذلك إذ جعله في قسم البيع باطل إذ خلاف في بطلان بيع الوقف لأنه لا يقبل التمليك والتملك وغلط من جعله فاسداً وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه في عصره بجمل رسائل، ولنا فيه رسالة هي «حسام الحكام» متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه اهـ. ومراده بالغالط قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي والعلامة الشيخ أحمد الشلبي كما ذكره في تلك الرسالة.

فصل

قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته

فصل في البيع الفاسد

أي في بيان أحكام البيع الفاسد قدمنا أن فعله معصية فعليه التوبة منها يفسخه كما سيأتي قوله: **(قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته)** وقال الشافعي: لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا تنال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض، وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك إنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى، ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان الخمر مثمناً فقد ذكرناه أول الباب. وشيء آخر إن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمناً لا مثمناً، أشار المصنف رحمه الله تعالى بذكر القبض إلى أنه ليس مقبوضاً في يده فلو كان في يده وديعة ملكه بمجرد القبول كما في فتح القدير، وإلى أن التخلية فيه لا تكفي وصححه العمادي في الفصول. وصحح قاضيخان في فتاواه في باب قبض المبيع أنها قبض فيه واختاره في الخلاصة. وأطلقه فشمل قبض الوكيل قال في القنية: التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء إلى الحصاد والدياس وقبض الوكيل للموكل فيصير مضموناً بالقيمة اهـ. وخرج ما قبل القبض فلا ملك له. وأطلقه فشمل القبض الحكمي لما في الظهيرية: لو اشترى عبداً شراء فاسداً ولم يقبضه فأمر البائع بإعتاقه فأعتقه صح عتقه عن المشتري لأنه بمنزلة قبض المشتري، ولو أعتقه المشتري بنفسه لا يصح لعدم الملك، وهذه عجيبة حيث ملك المأمور بمنزلة ما لم يملك الآمر. وقيد بقوله في البيع الفاسد

فصل في بيان أحكام البيع الفاسد

قوله: **(فلو كان في يده وديعة الخ)** عبارة الفتح: وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها. قال في النهر وأقول: يجب أن يكون ما في جمع التفاريق مخرجاً على أن التخلية قبض ولذا قيده بكونها حاضرة وإلا فقد مر أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع فتنبه لهذا. قوله: **(وهذه عجيبة الخ)** قد مر في أمر الذمي ببيع الخمر والخنزير نظيرها. قوله: **(وإن الأب إذا اشترى**

....

للإحتراز عن الباطل فإنه لا يفيده ولكن ليس كل فاسد يملك بالقبض فقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن بيع الهازل لا يملك بالقبض كما ذكره البزدوي في الأصول، أن الأب إذا اشترى من ماله لابنه الصغير فاسداً أو باع كذلك فالقبض لا يكفي ولا يملكه إلا بقبضه واستعماله؛ كذا في المحيط.

ثم رأيت في القنية أن بيع التلجئة باطل فحينئذ لا يرد على المصنف لأن كلامه في الفاسد، وفي آخر القنية من الوصايا: باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش فهو باطل لا يملك بالقبض ثم رقم آخر بل هو فاسد اهـ. أقول: ينبغي أن يجري القولان في بيع الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذي جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش، وينبغي ترجيح الثاني فيهما لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف. وقيد بأمر البائع أي بإذنه لأنه بلا إذنه لا يفيد الملك وإنما ذكر والإذن دون الرضا لأنه لا يشترط في بعض أفراده

من ماله لابنه الصغير فاسداً) صواب العبارة: إذا اشترى من مال ابنه الصغير لنفسه فاسداً أو باع من ماله لابنه كذلك. قال في النهر وفي المحيط: باع عبداً من ابنه الصغير فاسداً أو اشترى عبده لنفسه فاسداً لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله اهـ. قوله: **(ثم رأيت في القنية أن بيع التلجئة باطل)** قال الرملي: ما ذكر في القنية مشكل لأن كلاً من عوضي بيع الهازل مال فكيف يكون باطلاً وقد صرح في عامة كتب الأصول والفروع أنه ينعقد فاسداً لا يفيد الملك بالقبض. وممن صرح بذلك ابن ملك في شرح المجمع ومن ثم صرحوا أن بيع المكره يقع فاسداً لكنه ينقض تصرف المشتري منه لعدم الرضا، فعلى هذا يكون معنى قول صاحب القنية إن بيع التلجئة باطل أي يشبه الباطل في عدم إفادته الملك فعلى هذا يكون الفاسد على نوعين: نوع يفيد الملك ونوع لا يفيده. ثم رأيت في قاضيخان التصريح ببطلانه حيث قال: فإن اختلفا فادعى أحدهما أن البيع تلجئة والآخر ينكر التلجئة لا يقبل قول مدعي التلجئة إلا ببينة ويستحلف الآخر. وصورة التلجئة في البيع أن يقول الرجل إني أبيع داري منك بكذا وليس ذلك ببيع في الحقيقة بل هو تلجئة ويشهد على ذلك ثم يبيع في الظاهر من غير شرط فهذا البيع يكون باطلاً بمنزلة بيع الهازل. وعن محمد رحمه الله تعالى: بيع التلجئة إذا قبض المشتري العبد وأعتقه لا ينفذ إعتاقه ولا يشبه المشتري من المكره لأنه في الحكم بمنزلة البيع بشرط الخيار لهما اهـ. من الغزي. وفي قاضيخان أيضاً: وذكر في إقرار الأصل أن بيع الهازل باطل اهـ. ويمكن أن يجاب عن إشكاله بأنه وإن كان كل من عوضيه مالاً لكن ليس ببيع حقيقة لعدم الاعتداد بما ذكرا من الإيجاب والقبول مع الهزل فكأنهما لم يوجدا، وإنما جاز إذا جعلاه جائزاً بعد ذلك بطريق جعله إنشاء، وإنما كان القول لمدعي الهزل لأنه ينكر وجود البيع ولا إشكال في ذلك على هذا القول لأن القول قول مدعي البطلان لكن ذكروا في التلجئة أنه لا يقبل قول مدعيها فهو مشكل لأنه يدعي البطلان وقالوا فيه إنه هزل، فما الفرق بين التلجئة والهزل في ذلك فتأمل. اهـ ملخصاً. وقوله «لأن القول قول مدعي البطلان» أي لو اختلفا فيه وفي الصحة أما لو اختلفا في الصحة

....

كبيع المكره كما لا يخفى. وأطلقه فشمل الإذن صريحاً أو دلالة فسكوته عند قبض المشتري في المجلس إذن دلالة لكون البيع تسليطاً منه على القبض إذ مراده أن يملكه المشتري بخلاف البيع الصحيح فإن الإيجاب ليس بتسليط لأن الملك حصل بدونه، وأما إذا تفرقا عن المجلس فلا بد من إذن صريح إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذناً بالقبض دلالة. وفي السراج الوهاج: ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً ينقصه أو لا ينقصه كالقصارة والغسل بأجرة أو بغير أجرة فما كان ينقصه فهو قبض وما لا فلا، وللبائع الأجرة في الوجهين هلك المبيع أو لا اهـ. وفي جامع الفصولين: ولو برأ فخلطه البائع بطعام المشتري بأمره قبل قبضه صار قابضاً وعليه مثله اهـ. وقيد بقوله «وكل من عوضيه مال» ليخرج البيع بالميتة وكل بيع باطل كالبيع مع نفي الثمن فإنه باطل، ومع السكوت عنه فاسد يملك المبيع بالقبض ولا شك أن الباطل خرج أولاً بقوله في البيع الفاسد فلا حاجة إلى إخراجه ثانياً اللهم إلا أن يقال إن بعض البيوع الباطلة أطلقوا عليها اسم الفاسد فربما يتوهم أن المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها، فإذا باع عرضاً بخمر أو بمدبر أو أم ولد ملك العرض بالقبض لا ما قابله مع أن بعضهم أطلق على بيع الخمر والمدبر وأم الولد الفساد ولكن كان ينبغي أن يقول مال متقوم. وذكر في إيضاح الإصلاح أنه لا حاجة إلى هذا القيد لأن فساد البيع لا يوجد بدون هذا الشرط لا يقال إنه يوجد بدونه فيما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن لأن أحد العوضين حينئذ القيمة وهي مذكورة حكماً كما صرح به في الذخيرة على أن الشرط وجود المالية في العوضين اهـ. كما قيده به في الجوهرة.

وفي قوله «ملك البيع» رد على من قال إنه إنما يملك التصرف دون العين وهم العراقيون وما ذكره قول أهل بلخ وهو المنصوص عليه في كلام محمد وهو الصحيح المختار

والفساد فالمختار أن القول لمدعي الفساد كما في شرح مجمع. قوله: **(لأن الملك حصل بدونه)** أي بدون القبض والأولى لأن الملك حصل به أي بالإيجاب. قوله: **(اللهم إلا أن يقال أن بعض البيوع الخ)** قال في النهر وأقول: هذا مما لا حاجة إليه بل الفاسد أعم على ما التزموه في أول الباب وحينئذ فلا بد من التصريح بهذا العقد لإخراج الباطل، وهذا مما يجب أن يفهم من كلامهم في هذا المقام، ومن تأمل ما في الهداية وغيرها وجده كالصريح به. ثم رأيته في الحواشي السعدية قال: في قول صاحب الهداية شرط أن يكون العوضان كل منهما مال ليتحقق ركن البيع يعني ليظهر تحققه فإن الفاسد قد يستعمل في المعنى العام للباطل أيضاً، وهذا طبق ما فهمته فتنبه له، وعلى هذا فقول الشارح أي الزيلعي إن قوله في البيع الفاسد احتراز عن الباطل مما لا ينبغي إذ الباطل إنما خرج بقوله «وكل من عوضيه مال» كما قد علمت اهـ. وتعقبه الحموي بأن من أفراد الباطل ما لا يخرج بهذا القيد هو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فإنه باطل مع أن كلاً من عوضيه مال، وعلى هذا فلا بد

....

فإنه قال: إن المشتري خصم لمن يدعيه لأنه يملك رقبته؛ كذا في جامع الفصولين بدليل أن المشتري إذا أعتقه بعد قبضه صح وكان الولاء له، ولو باعه كان الثمن له، ولو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشتري، ولو أعتقه البائع لم يعتق ولو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قطع كما في الجوهرة فهذه كلها ثمرات الملك وبدليل وجوب الاستبراء على البائع إذا ردت الجارية عليه ولولا خروجها عن ملكه لم تجب. وقولهم إنه يملك التصرف فقط بتسليط البائع منقوض بما إذا كان البائع وصي يتيم باع عبده فاسداً فأعتقه المشتري فإنه يصح. ولو كان على وجه التسليط لم يصح؛ كذا في جامع الفصولين. وأما ما استدل به العراقيون من عدم حل أكله لو كان طعاماً وعدم حل لبسه لو كان قميصاً وعدم حل وطئها لو كانت جارية واستبرأها، ولو وطئها وجب العقر إذا فسخ وعدم وجوب الشفعة لشفيعها فلا دليل فيه لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل، والأخت رضاعاً إذا ملكها لا يحل له وطؤها. وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها وهي إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشتري بدليل أن من أقر ببيع داره وجحد المشتري وجبت الشفعة. هذا وقد ذكر العمادي في فصوله خلافاً في حرمة وطئها فقيل يكره ولا يحرم، وقيل يحرم وفيه إشارة أيضاً إلى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لأنه كالمبيع كما في القنية. وفي جامع الفصولين: حبلت منه صارت أم ولده وعليه قيمتها لا عقرها، وقيل عليه عقرها وقيمتها، وقيل يجوز للمشتري كل تصرف تجري فيه الإباحة وإلا فلا، ولم تحل المباشرة كعصير وقعت فيه فأرة يحل بيعه لا مباشرته نحو أكله اهـ. وفي القنية: إعتاق البائع المبيع بعد قبض المشتري بغير حضرته باطل وبحضرته صحيح ويكون فسخاً اهـ. وهو تخصيص لقولهم إن اعتاقه باطل. وفي الظهيرية من باب نكاح العبد والأمة: باع جارية بيعاً فاسداً وقبضها المشتري ثم تزوجها البائع لم يجز اهـ. ولو لم يقبضها المشتري فزوجها البائع للمشتري يصح؛ كذا في القنية اهـ. أقول: يشكل حينئذ ما نقلناه عن الجوهرة من قطع يده بسرقة المبيع فإن القطع يقتضي أن لا ملك له فيه ولا شبهة، وقولهم بعدم صحة نكاحها للبائع يقتضي بقاء ملكه أو شبهته فينبغي أن لا يقطع البائع للشبهة، وقد ذكره في السراج الوهاج أيضاً ولم أره لغير الحدادي. والظاهر أنه قاله تفقهاً من عنده لا على أنه نقل المذهب فإنه قال: ومن فوائد قوله ملكه أنه لو سرقه البائع بعد قبض المشتري قطع به والله أعلم بالصواب.

من حذف القيد لاقتضائه أن هذا الفرد من الباطل يكون فاسداً يملك بالقبض وليس كذلك اهـ. قلت: وقد يدفع بأنهما ليسا مالاً مطلقاً فإن الشرع أسقط ماليتهما.

قوله: **(ولكن قال في جامع الفصولين لو قال الخ)** أسقط منه ما يتوقف عليه فهم الحكم ونص عبارته هكذا: ولو قناً فتقابضا ثم أبرأه بائعه عن قيمته ثم مات القن يلزم قيمته ولو قال أبرأتك عن القن

....

وقيد الملك للمشتري في فتح القدير بأن لا يكون فيه خيار شرط لأنه يمنع الملك في الصحيح فكذا في الفاسد. وفي جامع الفصولين: يثبت فيه خيار الشرط والرؤية. والمراد بالقيمة في كلام المصنف بدل المبيع ليشمل ما إذا كان مثلياً فإنه يملكه بمثله، والقيمة إنما هي في القيمي والقول فيهما للمشتري مع يمينه لكونه منكراً للضمان والبينة للبائع؛ كذا في الجوهرة. ولما رتب القيمة على القبض دل على أن مراده ملكه بقيمته يوم قبضه، ولو ازدادت قيمته بيده فأتلفه لم يتغير كالغصب. وقال محمد رحمه الله تعالى: قيمته يوم أتلفه لأنه بالإتلاف يتقرر؛ كذا في الكافي ولكن قال في جامع الفصولين: لو قال البائع أبرأتك عن القن ثم مات عند المشتري برئ إذ القيمة تجب بهلاك المبيع فقبله لا يصح الإبراء، أما لو أبرأه عن القن فقد أخرجه عن كونه مضموناً، وعلى هذا لو أبرأ الغاصب عن القيمة حال قيام المغصوب لم يصح، ولو أبرأه عن المغصوب صح اهـ. فعلى هذا لا تجب القيمة إلا إذا تعذر رده على البائع بموت أو غيره. وفي السراج الوهاج: وهذا ظاهر نصوص الأصحاب، وفي بعض الحواشي إنما تجب القيمة إذا هلك اهـ. وأما إيداع المشتري من البائع فغير صحيح. قال في القنية: قبض الكرباس في البيع الفاسد بأمره وقطعه ثم أودعه البائع وهلك في يده هلك منه وعلى المشتري نقصان القطع. وكل مبيع ببيع فاسد رد. المشتري على البائع بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه كالوديعة والإجازه والإعارة والغصب والشراء ووقع في يد البائع فهو متاركة للبيع وبرئ المشتري من ضمانه اهـ. وكذا لو اشتراه وكيل البائع برئ المشتري إذا سلمه إليه، وكذا لو رده إلى البائع برهن وكذا في بيع موقوف بأن غصب قناً فباعه من رجل ثم شراه غاصبه بأقل مما باع يكون فسخاً للبيع الأول والزيادة للمشتري لا لغاصبه ولا لمالكه. وعن محمد شراه بدراهم فاسداً ثم باعه بدنانير من بائعه يكون فسخاً إذا قبض لا قبله؛ كذا في جامع الفصولين. ثم قال: الأصل أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى إنما يعتبر واصلاً بجهة مستحقة لو وصل إليه من المستحق عليه، أما إذا وصل من جهة غيره فلا حتى إن المشتري فاسداً إذا وهب المشتري من غير بائعه أو باعه فوهبه ذلك الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشتري عن قيمته، ولم تعتبر العين واصلاً إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى، والمهر لو عيناً فوهبته من غير زوجها وهو وهبه من زوجها ثم طلقها قبل الدخول فلزوجها نصف قيمة العين عليها، ولو وهبته من زوجها لا يرجع عليها بشيء اهـ.

إلى آخره. قوله: **(وفي بعض الحواشي إنما تجب قيمته إذا هلك)** قال الرملي: لا يذهب عليك أن مرادهم بالهلاك هنا الهلاك حقيقة أو ما في معناه من تعذر الرد وإلا يلزم الإصرار بالبائع حيث تعذر الرد لأنه لم يهلك حقيقة فلا تجب عليه قيمته، ولا يجوز رده مع التعذر وأمره بالتربص إلى الهلاك منافٍ

ولكل منهما فسخه إلا أن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو يبني وله أن يمنع المبيع عن البائع

قوله: **(ولكل منهما فسخه)** أي يجوز لكل من البائع والمشتري في البيع الفاسد فسخه رفعاً للفساد. وذكر الزيلعي أن اللام بمعنى «على» لأن رفع الفساد واجب عليهما ولا حاجة إليه لأنه حكم آخر، إنما مراده بيان أن لكل منهما ولاية الفسخ دفعاً لتوهم أنه إذا ملك بالقبض لزم، فإن كان قبل القبض فلكل ذلك بعلم صاحبه لا برضاه، وإن كان بعد القبض؛ فإن كان الفساد في صلب العقد بأن كان راجعاً إلى البدلين المبيع والثمن كبيع درهم بدرهمين وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك. وإن كان بشرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لأحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم وعند محمد لمن له منفعه الشرط. ولم يشترط أبو يوسف علم الآخر، واقتصر في الهداية على قول محمد ولم يذكر خلافاً، واعلم أن قوله «لمن منفعه الشرط» يقتضي أن للمعقود عليه الآدمي أن يفسخه إذا كان الشرط له كما قدمناه وهو بعيد لقولهم لكل منهما فسخة فليتأمل. وفي القنية: رده المشتري بفساد البيع فلم يقبله فأعاده المشتري إلى منزله فهلك عنده لا يلزمه الثمن ولا القيمة. وقيده ابن سلام بأن يكون فساد

للشرع فتعين القول بوجوب القيمة عند تعذر الرد إما بالهلاك أو غيره كما هو ظاهر من كلامهم تأمل. قوله: **(وذكر الزيلعي أن اللام بمعنى على الخ)** قال في النهر: ولكل منهما فسخه دفعاً للفساد؛ كذا في الهداية. وهذا يقتضي أن الواجب أن يقال وعلى كل واحد منهما فسخه غير أنه أراد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه؛ كذا في الفتح. وجعل الشارح اللام بمعنى «على» ومنه ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] وكان صاحب الهداية أراد هذا المعنى فعلل بما سمعت. وعليه فليس التعليل أخص من الدعوى، وبه عرف أن هذا الجعل لا بد منه في كلام الهداية وهو الأرجح في كلام المصنف لأنه وإن جاز أن يريد بيان ثبوت ولاية الفسخ إلا أنه حينئذ يكون ساكتاً عن إفادته وجوبه وعلى ذلك الجعل يكون كلاماً مفيداً للشيئين إذ الوجوب قدر زائد على ثبوت الولاية فتدبره. قوله: **(واعلم أن قوله لمن له منفعة الشرط الخ)** أصله لابن الكمال حيث قال في الإصلاح: بقي ههنا احتمال آخر وهو أن يكون الفساد لشرط زاد ومن له الشرط غير العاقدين وينتظمه تصوير قاضيخان المسألة في فتاواه اهـ. وقال في النهر بعد ذكره ما في الهداية: وعلله في الذخيرة بأنه يقدر على إسقاط الشرط فيصح العقد فإذ فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد والعقد إذا كان غير لازم يتمكن كل من فسخه اهـ. وهذا يفيد اختصاص المنفعة الموجبة للاستقلال بالفسخ بالمتعاقدين اهـ. قوله: **(فأعاده المشتري إلى منزله الخ)** قال في الخانية في فصل فيما يخرجه عن الضمان في البيع الفاسد والمكروه ما نصه: المشتري شراء فاسداً إذا جاء بالمبيع إلى البائع فلم يقبله البائع وأعاده المشتري إلى منزله فهلك لا يضمن، وإن كان المشتري وضعه بين يدي البائع أو المغصوب منه فلم يقبله ثم حمله إلى منزله فهلك كان ضامناً في الغصب والبيع الفاسد. وقال بعضهم: إن كان فساد البيع غير مختلف فيه فالجواب كذلك، وإن كان مختلفاً فيه فجاء به إلى البائع

....

البيع متفقاً عليه فإن كان مختلفاً فيه لا يبرأ إلا بقبوله أو قضاء القاضي. وقال أبو بكر الإسكاف: يبرأ في الوجهين. وما قاله ابن سلام أشبه كخيار البلوغ وفسخ الإجارة للعذر اهـ. وفيها: تبايعا فاسداً ثم مات أحدهما فلو رثته النقض اهـ. وفي البزازية: باع منه صحيحاً ثم باعه فاسداً منه انفسخ الأول لأن الثاني لو كان صحيحاً ينفسخ الأول به فكذا لو كان فاسداً لأنه ملحق بالصحيح في كثير من الأحكام، وكذا لو باع المؤجر المستأجر من المستأجر فاسداً تنفسخ الإجارة كما إذا باعه صحيحاً اهـ. ثم قال ولو باع فاسداً وسلم ثم باع من غيره وادعى أن الثاني كان قبل فسخ الأول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض في الأول فالقول له لا للبائع وينفسخ الأول بقبض الثاني ثم قال: لو مات البائع وعليه دين آخر فالمشتري أحق به من الغرماء كما في الصحيح بعد الفسخ، ولو مات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء بماليته اهـ. ثم قال: ولا يشترط القضاء في فسخ البيع الفاسد اهـ. ولم يذكر المصنف أن القاضي فسخ الفاسد جبراً عليهما. قال في البزازية: وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً وعلم به القاضي له فسخه حقاً للشرع فبأي طريق رده المشتري إلى البائع صار تاركاً للمبيع وبرئ عن ضمانه اهـ..

قوله: (إلا أن يبيع المشتري) أي فليس لكل منهما فسخة وإنما نفذ بيعه لأنه ملكه بملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني، ونقض الأول إنما كان لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته، ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد فيستويان في المشروعية ولم يحصل بتسليط من الشفيع. أراد بالبيع الصحيح لأنه لو باعه فاسداً فإنه لا يمنع النقض، وأطلقه فشمل ما إذا قبضه المشتري الثاني أولاً ولكنه مقيد بما إذا لم يكن فيه خيار شرط لأنه ليس بلازم وفي البزازية وجامع الفصولين: أقام المشتري بينة على بيعه من فلان الغائب لا يقبل فللبائع الآخذ لا لو صدقه فله قيمته اهـ. ولو فسخ البيع بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته لزوال المانع، ولو رد بعيب بغير قضاء لا يعود حق الفسخ كما لو

فلم يقبله البائع فأعاده إلى منزله فهلك لا يبرأ عن الضمان، والصحيح أنه يبرأ في الوجهين إلا إذا وضع بين يديه فلم يقبل فذهب به إلى منزله فهلك فإنه يكون ضامناً لأنه يصير غاصباً غصباً مبتدأ اهـ. ومن المقرر أن تصحيح قاضيخان مقدم على غيره لأنه فقيه النفس وهو مبني على أن التخلية قبض، وقد مر أول الباب اختلاف التصحيح فيها وأن قاضيخان وصاحب الخلاصة صحيحاً أنها قبض. قوله: (ثم قال) ستأتي المسألة أيضاً في القولة الثانية. قوله: (ولو مات المشتري فالبائع أحق) قال أبو السعود في حاشية مسكين: قيده شيخنا عن شيخه الشيخ شاهين بما إذا مات قبل القبض،

....

اشتراه ثانياً وسيأتي في الضابط. وقيد ببيع المشتري لأن البائع لو باعه بعد قبض المشتري وادعى أن الثاني كان قبل فسخ الأول وقبضه وزعم المشتري الثاني أنه كان بعد الفسخ والقبض من الأول فالقول له لا للبائع، وينفسخ الأول يقبض الثاني؛ كذا في البزازية. ويستثنى من لزومه بالبيع مسألتان: الأولى لو باعه لبائعه فقدمنا أنه يكون رداً وفسخاً للبيع. والثانية لو كان فاسداً بالإكراه فإن تصرفات المشتري كلها تنقض بخلاف سائر البياعات الفاسدة؛ كذا في البزازية.
قيد بالبيع الفاسد إحترازاً عن الإجارة الفاسدة لما في جامع الفصولين: قيل ليس للمستأجر فاسداً أن يؤجره من غيره إجارة صحيحة إستدلالاً بما ذكر إلى آخره. وقيل يملكها بعد قبضه كمشتر فاسداً له البيع جائزاً وهو الصحيح إلا أن للمؤجر الأول نقض الثانية لأنها تنفسخ بالأعذار قوله: **(أو يهب)** يعني إذا وهبه المشتري ارتفع الفساد ولا يفسخ لما قدمناه في البيع. وشرط في الهداية التسليم فيها لأنها لا تفيد الملك إلا به بخلاف البيع. وفي جامع الفصولين: ثم الأصل أن المانع إذا زال كفك رهن ورجوع هبة وعجز مكاتب ورد مبيع على المشتري بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمة لأن هذه العقود لم توجب الفسخ من كل وجه في حق الكل اهـ. ولا فرق في الرجوع في الهبة بين القضاء وغيره كما في فتح القدير. ثم أعلم أن المشتري فاسداً يطيب للمشتري ويطيب لمن انتقل الملك منه إليه لكون الثاني ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول فإنه يحل له التصرف فيه ولا يطيب له لأنه ملكه بعقد فاسد، ولو دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال الحربي بغير طيبة من نفسه وأخرجه إلى دار الإسلام ملكه ولا يطيب له ويفتي بالرد ويقضى له، صح بيعه ولا يطيب للمشتري كما لا يطيب للأول بخلاف البيع الفاسد؛ كذا ذكره الاسبيجابي.

وأما بعده فهو كسائر الغرماء كما صرحوا بذلك في الحجر اهـ. فإن قلت: إذا مات المشتري بعد قبض البائع لم يبق له شيء جهة الميت حتى يكون كسائر الغرماء فيه. قلت: يحمل على ما إذا كان الذي قبضه البائع وهو المسمى دون قيمته فيكون أسوة الغرماء فيما بقي له من تمام القيمة لأن الواجب في البيع الفاسد إنما هو القيمة لا الثمن؟ هكذا ينبغي أن يفهم هذا وإلا فهو مشكل اهـ. قوله: **(على المشتري)** أي المشتري شراء فاسداً. قوله: **(فإنه يحل له التصرف)** قال الرملي: صوابه «لا يحل» قوله: **(ولا يطيب للمشتري الخ)** ذكر الإمام السرخسي في شرح السير الكبير في الباب الخامس بعد المائة: وإن اشترى إنسان منه ذلك جاز الشراء وإن كان مسيئاً لأنه باع ملك نفسه فإن فساد السبب لا يمنع ثبوت الملك ثم يؤمر المشتري بمثل ما كان يؤمر به البائع من الرد على أهل الحرب بخلاف المشتري شراء فاسداً إذا باعه من غيره بيعاً صحيحاً فإن الثاني لا يؤمر بالرد وإن كان البائع مأموراً به لأن الموجب للرد قد زال ببيعه لأن وجوب الرد بفساد البيع حكمه مقصور على المشتري وقد انعدم مثله بالبيع من غيره، أما هنا وجوب الرد إنما كان لمراعاة ملكهم ولغدر الأمان وهذا المعنى قائم في ملك المشتري كما في ملك البائع الذي أخرجه فلهذا يفتي بالرد كما يفتي به

....

قوله: **(أو يحرر)** أي يعتق المشتري العبد لما قدمناه، وتوابع الإعتاق كهو من التدبير والاستيلاد والكتابة صرح في جامع الفصولين بالاستيلاد فقال: إذا حبلت منه صارت أم ولده؛ وصرح الشارح وغيره بالكتابة ولم أر من صرح بالتدبير. وإذا عجز المكاتب زال المانع من الاسترداد. وأشار بالتحرير إلى الوقف ولكن قال في جامع الفصولين: فلو وقفه أو جعله مسجداً لا يبطل حقه ما لم يبن اهـ. فعلم أن الوقف ليس كالتحرير وينبغي أن يحمل على ما قبل القضاء به، أما إذا قضى به فإنه يرتفع الفساد للزومه والظاهر أن ما في جامع الفصولين تبعاً للعمادي ليس بصحيح فقد قال الإمام الخصاف في أحكام الأوقاف: لو اشترى أرضاً بيعاً فاسداً وقبضها ووقفها وقفاً صحيحاً وجعل آخرها للمساكين فقال: الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبائع من قبل إنه استهلكها حين وقفها وأخرجها عن ملكه اهـ. وهكذا في الاسعاف، ولم يذكر المؤلف من التصرفات القولية غير ذلك ففاته الرهن لأنه من العقود اللازمة فيمنع حق الرد فإذا فك أو فسخ قبل القضاء بالقيمة عاد حق الاسترداد. وفاته أيضاً الوصية فإذا وصى به المشتري ثم سقط الفسخ لأن المبيع انتقل عن ملكه إلى ملك الموصى له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه بخلاف ما إذا مات المشتري فإن لوارثه الفسخ وللبائع أيضاً لأن الوارث قائم مقام المورث؛ كذا في السراج الوهاج. قالوا: كل تصرف قولي فإنه يمنع الفسخ إلا الإجارة والنكاح فلا يمنعانه لأن الإجارة تفسخ بالأعذار ورفع الفساد من الأعذار والنكاح ليس فيه الإخراج عن الملك، ولكن إذا ردت الجارية إلى البائع وانفسخ البيع هل ينفسخ النكاح؟ قال في السراج الوهاج: إنه لا ينفسخ لأنه لا يفسخ بالأعذار وقد عقده

البائع. اهـ ملخصاً. وقال بعده في الباب الثاني والستين بعد المائة: فإن لم يرده بعد ما أفتى به وأراد بيعه يكره للمسلمين أن يشتروا ذلك منه لأنه ملك خبيث بمنزلة المشتري فاسداً إذا أراد بيع المشتري بعد القبض يكره شراؤه منه، وإن كان مالكاً نفذ فيه بيعه وعتقه لأنه ملك حصل له بسبب حرام شرعاً اهـ. وهذا مخالف لما هنا. وقد يجاب بأن ما أخرجه من دار الحرب لما وجب رده على المشتري أيضاً تمكن فيه الخبث فلم يطب له بخلاف المشتري فاسداً فلذا طاب له وإن كان شراؤه مكروهاً تأمل. قوله: **(ولم أر من صرح بالتدبير)** قال في النهر وأقول: قد رأيته ولله تعالى الحمد قال في السراج ما لفظه: وإن كان المبيع عبداً فأعتقه المشتري أو دبره صح عتقه وتدبيره، وكذا إذا كانت جارية استولدها صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا يغرم العقر في رواية كتاب البيوع، وفي رواية أخرى يرد العقر، واتفقت الروايات أنه إن وطئها المشتري ولم تعلق منه أنه يرد الجارية والعقر اهـ. قوله: **(ليس بصحيح)** قال في النهر: والظاهر أن ما في الفصول رواية. قوله: **(قال في السراج الوهاج أنه لا ينفسخ)** يوافقه ما في الفتح حيث قال: فإذا زوج المشتري الجارية المشتراة فاسداً كان للبائع أن يستردها لأن حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة، ولأنه لا يفوته ملك تلك

....

المشتري وهي على ملكه اهـ. ويشكل عليه ما ذكره الولوالجي من الفصل الأول من كتاب النكاح: لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فإن النكاح يبطل في قول أبي يوسف وهو المختار لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل معنى فصار كأنه لم يكن فكان النكاح باطلاً اهـ. إلا أن يحمل أن ما في السراج قول محمد أو يظهر بينهما فرق.

قوله: **(أو يبني)** أي إذا بنى المشتري فاسداً فعليه القيمة عند أبي حنيفة رواه عنه يعقوب في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية. وقال أبو يوسف ومحمد: إنه ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الإختلاف. أن حق الشفيع أضعف من البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى. وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط، ولهذا لم تبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه. وشك يعقوب في حظ الرواية عن أبي حنيفة، وقد نص محمد على الاختلاف. ولم يذكر المؤلف من الأفعال الحسية إلا البناء قالوا: متى فعل المشتري بالمبيع فعلاً ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البائع في الاسترداد كما إذا كان حنطه

المنفعة فإن مع الاسترداد النكاح قائم كما لو تزوجها البائع، نعم يصير بحيث له منعها وعدم تبوئتها معه بيتاً غير أنه إن ظفر بها له وطؤها اهـ. وهو صريح بعدم الانفساخ وصرح به أيضاً في غاية البيان عن التحفة وفي التبين ومثله في المجتبى حيث قال: إلا الإجارة وتزويج الجارية لكن الإجارة تنفسخ بالاسترداد دون النكاح اهـ. وقال في التتارخانية نقلاً عن نوادر ابن سماعة: وعنه أيضاً فمن اشترى جارية شراء فاسداً وقبضها المشتري وزوجها من رجل ثم فسخ البيع بينهما بحكم الفساد وأخذها البائع مع ما نقصها التزويج ثم إن الزوج طلقها قبل الدخول بها كان على البائع أن يرد على المشتري مثل ما أخذ من النقصان قال: ألا ترى أنه لو لم يكن نقصان تزويج ولكن ابيضت إحدى عينيها في يد المشتري ثم إن المشتري ردها ورد معها نصف القيمة ثم ذهب البياض وعاد إلى الحال الأولى فإن البائع يرد على المشتري ما أخذ من نصف القيمة وطريقه ما قلنا اهـ. ففيه مع إفادته بقاء النكاح فائدة أخرى فهذه نصوص كتب المذهب موافقة لما قاله في السراج. قوله: **(لو زوج الجارية المبيعة الخ)** الظاهر أن المراد المبيعة بيعاً صحيحاً أو أعم. قوله: **(أو يظهر بينهما فرق)** الظاهر أن الفرق موجود لأن كلام الولوالجي فيما قبل القبض وكلام السراج فيما بعض القبض المفيد للملك بدليل قوله «وقد عقده المشتري وهي على ملكه وفرق ما بينهما يدل عليه قول الولوالجي لأن البيع متى انتقض الخ» فقيد انتقاضه من الأصل بما إذا انتقض قبل القبض، ومفهومه أنه لو انتقض بعد القبض لا ينتقض من الأصل. ثم رأيت في حاشية الرملي على منح الغفار العجب من ذلك مع أن ما في السراج فيما عقد بعد القبض وما في الولوالجية قبل القبض كما هو صريح كل من العبارتين. فكيف يستشكل

حتى يأخذ الثمن وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها إياه ثم

فطحنها. ولم يذكر أيضاً ما إذا زاد المبيع أو نقص إلا الزيادة بالبناء وهو جامع الفصولين: زوائد المبيع فاسداً لا تمنع الفسخ إلا متصلة لم تتولد كصبغ وخياطة ولت سويق ولو منفصله له متولدة تضمن بالتعدي لا بدونه، ولو هلك المبيع لا المتولدة فللبائع أخذ الزوائد وقيمة المبيع ولو منفصلة غير متولدة فله أخذ المبيع مع هذه الزوائد ولا تطيب له، ولو هلكت في يد المشتري لم يضمن، ولو أهلكها ضمن عندهما لا عند أبي حنيفة. ويماثلها زوائد الغصب. ولو هلك المبيع لا الزوائد فهي للمشترى بخلاف المتولدة كما يفترقان في الغصب فيضمن قيمة المبيع فقط، وأما حكم نقصانه فلو نقص في يد المشتري بآفة سماوية فللبائع أخذه مع أرش نقصه، وكذا لو بفعل المشتري أو المبيع. ولو بفعل البائع صار مسترداً حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع ولو بفعل أجنبي يخير البائع إن شاء أخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري كالغصب اهـ.

قوله: **(وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن)** أي للمشترى المنع بعد فسخ البيع لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن. أشار المؤلف إلى أن البائع إذا مات كان المشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن وإلى أنه لو استأجر إجازة فاسدة ونقد الأجرة أو ارتهن رهناً فاسداً أو أقرض قرضاً فاسداً وأخذ به رهناً كان له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتباراً للعقد الجائز إذا تفاسخا، وكذا لو مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما في يده من العين من سائر الغرماء، وإلى أن الثمن لو لم يكن منقود للبائع وإنما كان ديناً له على المشتري فليس له الحبس قالوا: لو اشترى من مدينة عبداً بدين سابق له عليه شراء فاسداً وقبض العبد بإذن البائع فأراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري أن يحبس

بإحدى العبارتين على الأخرى؟ ولئن كان كلام السراج في البيع الفاسد وكلام الولوالجي في مطلق البيع فقد تقرر أن فاسد البيع كجائزه في الأحكام فتأمل اهـ. قوله: **(وفي جامع الفصولين)** أي من الفصل الثلاثين في التصرفات الفاسدة قوله: **(ولو هلك المبيع لا المتولدة الخ)** قال الرملي: ولو كان على عكسه بأن هلكت المتولدة لا المبيع يرد المبيع ولا يضمن الزيادة ولو استهلك الزيادة ضمنها ويرد المبيع تأمل. قوله: **(وأما حكم نقصانه فلو نقص في يد المشتري الخ)** قال الرملي: فلو أراد المشتري رده مع أرش نقصه وأبى البائع هل يجبر البائع؟ الجواب أنه يجبر. قال في جامع الفصولين: حينئذ لو قطع ثوباً شراه فاسداً ولم يخطه حتى أودعه عند بائعه يضمن نقص القطع لا قيمته لوصوله إلى ربه إلا قدر نقصه فوقع عن الرد المستحق قال: هذا التعليل إشارة إلى أن المبيع بيعاً فاسداً إذا نقص في يد المشتري لا يبطل حقه في الرد إذ لو بطل لما كان الرد مستحقاً عليه اهـ. فهو كما ترى ناطق بما أجبنا. قوله: **(وإنما كان ديناً له على المشتري)** العبارة مقلوبة والصواب وإنما كان ديناً عليه

....

العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح، وله أن يسترد العبد قبل إيفاء الأجرة وليس للمستأجر الحبس بالأجرة بخلاف الصحيح، وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق. والفرق أن البيع إذا أضيف للدراهم لا يتعلق الملك في الثمن بمجرد العقد فإذا وجب للمديون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصاً لاستوائهما قدراً ووصفاً فيصير البائع مستوفياً ثمنه بطريق المقاصة فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة، وثم للمشتري حتى حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن فكذا هذا، وفي الفاسد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة قبل القبض غير مقررة لاحتمالها السقوط كل ساعة بالفسخ، ولأن القيمة قد تكون من جنس الدين وقد لا تكون ودين المشتري على البائع مقرر والمقاصصه إنما تكون عند استواء الواجبين وصفاً ولذا لا تجب المقاصصة بين الحال والمؤجل والجيد والرديء، وإذا لم تقع المقاصصة لم يصر البائع مستوفياً الثمن أصلاً فلا يكون للمشتري حق حبس المبيع بعد فسخ البيع. ولو كان الرهن باطلاً بأن استقرض ألفاً ورهن أم ولد أو مدبراً له أن يسترد قبل قضاء الدين لعدم الانعقاد. والكل من الكافي شرح الوافي وإلى أن الثمن لو كان دراهم وهي قائمة فإنه يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا؛ كذا في الهداية.

قوله: **(وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري)** أي طاب للبائع ما ربحه في ثمن الفاسد ولا يطيب للمشتري ربح المبيع فلا يتصدق الأول ويتصدق المشتري. والفرق أن المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين في عقود المعاوضات فلم يتعلق العقد الثاني بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق. قيد بالبيع الفاسد لأن ما ربحه الغاصب

للمشتري. قوله: **(بخلاف الصحيح)** هنا سقط من النسخ والعبارة في الزيلعي بعده هكذا: وكذا لو كانت الإجارة بدين سابق عليها وقبض المستأجر العبد ثم فسخ المؤجر الإجارة بحكم الفساد له أن يسترد الخ. وقوله «بخلاف الصحيح» يعني لو كان البيع صحيحاً أو الإجارة صحيحة ثم انفسخ العقد بينهما بوجه كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الدين الذي كان له على البائع؛ كذا نقل عن حاشية الزيلعي. وفي جامع الفصولين عن الخانية شرى من مديونه فاسداً ففسخ ليس له حبس المبيع لاستيفاء دينه، وكذا لو أجر من دائنه إجارة فاسدة ولو كان عقد البيع أو الإجارة جائزاً ثم فسخ فله الحبس لدينه. قوله: **(والفرق)** أي الفرق بين العقد الصحيح والفاسد. قوله: **(لأن الخبث في الأول)** أي في الفاسد وقوله في الثاني أي في الغصب وتوضيحه في شروح الهداية وعبارة إيضاح الإصلاح لابن الكمال والأصل فيه أن المال نوعان: نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير، ونوع يتعين كالعروض. والخبث أيضاً نوعان: أحدهما باعتبار عدم الملك والثاني لفساد الملك فالخبث باعتبار عدم الملك كما في المغصوب يوجب حقيقة الخبث فيما يتعين، وشبهة الخبث

....

والمودع بعد أداء الضمان لا يطيب له مطلقاً عندهما خلافاً لأبي يوسف لأن الخبث في الأول لفساد الملك، وفي الثاني لعدمه لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. ثم اعلم أن قولهم تبعاً لما في الجامع الصغير أن الربح يطيب للبائع في الثمن النقد دليل على أن النقد لا يتعين في البيع الفاسد على الأصح، وقولهم إنه يتعين على الأصح يخالفه فإن اعتبر تصحيح التعيين فحينئذ يجب التصدق على البائع والرواية بخلافه، ولم أر من أوضحه من الشارحين، وقد ظهر لي أنه لا منافاة بينهما فقالوا فيما مضى إنه يتعين على الأصح بالنسبة إلى وجوب رد عين ما أخذه وقالوا هنا لا يتعين أي بالنسبة إلى أنه يطيب له ما ربحه فهو متعين من جهة فساد الملك كالمغصوب، وغير متعين من جهة إن فاسد المعاوضات كصحيحها فاعتبر والوجه الأول في لزوم رد عين المقبوض، والثاني في حل ربحه، وإنما لم يعكس لدليل أبي يوسف الخراج بالضمان. ومعناه كما في الفائق والقاموس غلة العبد للمشتري إذا رده بعد الإطلاع على العيب بسبب أنه في

فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لأن ما لا يتعين بالتعيين لا يتعلق العقد به بل يتعلق بما في الذمة وإنما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم انعدم الطيب لعدم الملك في المالين جميعاً، والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما يتعين لأن الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة الشبهة فيما لا يتعين، وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا تصدق الذي أخذ المبيع بالربح ولم يتصدق الذي أخذ الثمن به اهـ. قوله: **(ثم اعلم أن قولهم الخ)** قال في النهر: وهذا إنما يتم على رواية عدم تعيين النقد وقد مر أن رواية التعيين هي الأصح، وحينئذ فالأصح وجوب التصدق على البائع بما ربح غير أن التفصيل الواقع في الكتاب هو صريح الرواية في الجامع الصغير وحينئذ فالأصح أن الدراهم لا تتعين في الفاسد؛ كذا في الفتح ملخصاً. قال صدر الشريعة: ويمكن التوفيق بأن لهذا العقد شبهين شبهاً بالغصب وشبهاً بالبيع، فإذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعياً في رفع العقد الفاسد، وإذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئاً يعتبر شبهة البيع حتى لا يسري الفساد إلى بدله. قال يعقوب باشا: هذا التوفيق إنما يفيد دليلاً للمسألة لا يرد عليه ما يرد عليها فالمناسب أن يقال: إن كلام صاحب الهداية في المسألة الأخيرة على الرواية الصحيحة لا على الأصح وهي أنها تتعين في البيع الفاسد كما يشير إليه في العناية إلا أن يقال: مراد القائل بالتعيين الذي هو الأصح التعين في صورة كونها قائمة لا تعيينها مطلقاً لكنه في الفاسد خلاف ما صرحوا به اهـ. وعبارته في العناية: هذا إنما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي أنها لا تتعين لا على الأصح وهي التي تقدمت أنها تتعين. قال في الحواشي السعدية: وفيه بحث فإن عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو ثمن البيع الفاسد إنما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه في الأول فقوله «إنما يستقيم الخ» فيه ما فيه. وقد أخذ صاحب البحر قول يعقوب باشاه «إلا أن يقال الخ» اهـ. وما أجاب به في

تصادقا أنه لا شيء له عليه طاب له ربحه وكره النجش والسوم على سوم غيره وتلقى الجلب

ضمانه هـ قوله: **(ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها إياه ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه طاب له ربحه)** أي ما ربحه في الدراهم لأن الخبث لفساد الملك هنا هنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين ألا ترى أنه لو باع عبداً بجارية فأعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد، ولولا أنه مملوك لبطل لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. وكذا لو حلف أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لم يحنث الحالف لأن المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق ولا يحنث الحالف بالاستحقاق. وفي فتح القدير: واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلاً عما يزعم أنه ملكه، أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمداً الكذب فدفع إليه لا يملكه أصلاً لأنه متيقن لأنه لا ملك له اهـ. وظاهر إطلاقهم خلافه لأن المنظور إليه وجوبه بالتسمية لا زعم المدعي، ويدل عليه مسألة الحلف فإنه لو غصب دراهم وقضى بها دينه ثم تبين أنها مغصوبة فإنه لا حنث عليه، وكذا لو غصب عبداً وباعه بدينه قوله: **(وكره النجش)** شروع في مكروهات البيع. ولما كان المكروه دون الفاسد أخره، وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد وإلا فهذه كلها تحريمية لا نعلم خلافاً في الاثم؛ كذا في فتح القدير. وقد بحث هنا بحثاً لا طائل تحته تركته عمداً وقد تقرر في الأصول أن كل منهي عنه قبيح فإن كان لعينه أفاد بطلانه، وإن كان لغيره فإن كان لوصف كبيع الربا والبيع بشرط مفسد أفاد فساده، وإن كان لمجاور كهذه البيوع المكروهة أفاد كراهة التحريم مع الصحة. والنجش بفتحتين ويروى بالسكون أن تسام السلعة بأزيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها ليراك الآخر فيقع فيه، وكذا في النكاح وغيره. ولا تناجشوا لا تفعلوا ذلك وأصله من نجش الصيد وهو إثارته؛ كذا في المغرب. وفي القاموس: النجش أن تواطىء رجلاً إذا أراد بيعاً أن تمدحه أو أن يريد الإنسان أن يبيع بياعة فتساومه بها بثمن كثير لينظر إليك ناظر فيقع فيها، أو أن تنفر الناس عن الشيء إلى غيره. وإثارة الصيد والبحث عن الشيء وإثارته والجمع والاستخراج والإنقاذ والاسراع كالنجاشة بالكسر اهـ. وحديث النهي لا تناجشوا في الصحيحين. وقيده أصحابنا كما في الجوهرة بما إذا كانت السلعة إذا بلغت قيمتها أما إذا لم تبلغ فلا منع منه لأنه نفع للمسلم من غير اضرار بأحد.

السعدية ذكره الرملي قبل اطلاعه عليه وقال: وأنا في عجب عجيب من فهم هؤلاء الأجلاء التناقض من مثل هذا مع ظهوره فإنه بمنزلة النقود لا تتعين في العقود الفاسدة، ولا شك أن المشتري شراء صحيحاً بما قبضه في الفاسد إذا ربح فقد ربح بعقد صحيح شرعي خالٍ عن الشبهة العدم تعين ذلك النقد في ذلك العقد. قوله: **(وظاهر إطلاقهم خلافه)** قال في النهر وأقول: قد صرحوا في الإقرار بأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يحمل له أخذه عن كره منه، أما لو اشتبه الأمر

....

قوله: (والسوم على سوم غيره) للحديث «لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه»[١] ولأن في ذلك إيحاشاً واضراراً. وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة، فإذا لم يركن أحدهما على الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره، وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضاً. وفي القاموس: السوم في المبايعة كالسوام بالضم سمت بالسلعة وساومت بالسلعة واستمت بها وعليها غاليت واستمته إياها وعليها سالته سومها اهـ قوله: (وتلقي الجلب) لحديث الصحيحين عن ابن عباس نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد. فقلت لابن عباس: ما قوله حاضر لباد قال: لا يكون له سمسار. وللمتلقي صورتان: إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة. وثانيها أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر. ومحمل النهي عندنا إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس أما إذا انتفيا فلا بأس به. وفي المغرب: جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلباً، والجلب المجلوب ومنه نهى عن تلقي الجلب اهـ. قوله: (وبيع الحاضر للبادي) لما تقدم من النهي وهو مقيد كما في الهداية بما إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد وطمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. وفسره في الاختيار بأن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب اهـ. فعلى الأول الحاضر مالك بائع والبادي مشتر، وعلى الثاني الحاضر سمسار والبادي صاحب السلعة، ويشهد للثاني آخر الحديث «دعوا الناس يرزق الله بعضهم بعضاً»[٢]. ولذا قال في المجتبى: هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث، وعلى هذا فتفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسار ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل

عليه حل له الأخذ عند محمد خلافاً لأبي يوسف كما سيأتي، وحينئذ فلا يطيب له ربحه، ويحمل كلامه هنا على ما إذا ظن أن عليه ديناً بإرث من أبيه مثلاً ثم تبين أن وكيله أوفاه لأبيه فتصادقا أن لا دين حينئذ يطيب له وهذا فقه حسن فتدبره اهـ. ونقله عنه الرملي وأقره. قول المصنف: (والسوم على سوم غيره) قال الرملي: لا يخفى عليك أنه تدخل فيه الإجارة إذ هي بيع المنافع وهي واقعة الفتوى. قوله: (وفسره في الاختيار الخ) قال الرملي: ويشهد لصحة التفسير الأول ما في الفصول العمادية

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع باب ٥٨. مسلم في كتاب البيوع حديث ٩، ١٠، ١٢. النسائي في كتاب البيوع باب ١٦، ١٩. أحمد في مسنده (٢/ ٤٥٧، ٤٦٣).

(٢) رواه مسلم في كتاب البيوع حديث ٢٠. أبو داود في كتاب البيوع باب ٤٥. الترمذي في كتاب البيوع باب ١٣. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ١٥. أحمد في مسنده (٣/ ٣٠٧، ٣١٢، ٣٨٦).

وبيع الحاضر للبادي والبيع عند أذان الجمعة لا بيع من يزيد ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه بخلاف الكبيرين والزوجين.

تفسير لضدها وهي الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن نكتة نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه بالسمسار؛ كذا في فتح القدير قوله: **(والبيع عند أذان الجمعة)** لقوله تعالى ﴿وذروا البيع﴾ [الجمعة: ٩] ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة، وفي الهداية: كل ذلك يكره ولا يفسد به البيع لأن النهي لمعنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة. أطلقه فشمل ما إذا تبايعا وهما يمشيان إليها. وما في النهاية من عدم الكراهة مشكل لإطلاق الآية فمن جوزه في بعض الوجوه يكون تخصيصاً وهو نسخ وهو لا يجوز بالرأي؛ كذا ذكره الشارح قوله: **(لا بيع من يزيد)** أي لا يكره لما قدمناه من عدم الإضرار وقد صح أن النبي ﷺ باع قدحاً وحلساً بيع من يزيد، ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه.

قوله: **(ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ووهب النبي ﷺ لعلي غلامين صغيرين أخوين ثم قال له: ما فعل الغلامان؟ فقال: بعت أحدهما. قال أدرك أدرك. ويروى «أردد أردد» ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد، فيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد النبي ﷺ. ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير من محرم ولذا قيد بذي الرحم المحرم أي المحرم من جهة الرحم وإلا برد عليه ابن العم إذا كان أخاً من الرضاع فإنه رحم محرم وليس له هذا الحكم. وأطلقه فشمل الصغير والكبير ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره فلا بأس ببيع أحدهما. ولو قال المصنف إلا إذا كان التفريق بحق مستحق لكان أولى لأنه حينئذ يجوز التفريق كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به؛ كذا في الهداية. ومن التفريق بحق ما في المبسوط ذمي له عبد له امرأة أمة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقاً بينه وبين أمه اهـ. ولا يرد على المصنف التفريق بإعتاق أحدهما بمال أو بغيره أو تدبيره أو استيلاد الأمة أو كتابة أحدهما فإنه جائز لأن مراده منع التفريق بالبيع أو الهبة أو الوصية أو غير ذلك من أسباب

عن أبي يوسف لو أن أعراباً قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهل الكوفة قال: أمنعهم عن ذلك. قال: ألا ترى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى. اهـ من الغزي. قوله: **(دعوا الناس يرزق الله بعضهم بعضاً)** كذا في بعض النسخ وفي بعضها «يرزق الله

....

الملك كما في الجوهرة إذا لو منع عن الكل لصار المالك محجوراً عليه بمنعه من التصرف في ماله رأساً، وكذا لا يرد عليه ما لو كان في ملكه ثلاثة أحدهم صغير فإن له بيع أحد الكبيرين لأن العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث. وفي الكفاية: اجتمع له عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد إن اختلفت جهة القرابة كالعم والخال أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لأنه يتوحش بفراق الكل. والصحيح في المذهب أنه إذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحداً منهم، ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم لأن شفقة الأم تغني عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها، فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة. والجدة كالأم فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة، ولو كان معه عمة وخالة لا يباعوا إلا معاً لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة. ولو كان معه أخوان أو إخوة كبار فالصحيح أنه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لأن الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الأبعد مع الأقرب وعند الاتحاد من الجهة والدرجة أحدهما يغني. وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كباراً وثلاثة صغاراً فباع من كل صغير كبيراً جاز استحساناً، فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم باع غير الشقيقة، ولو ادعاه رجلان فصار أبوين له ثم ملكوا جملة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما. وفي الاستحسان لا يباع لأن الأب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطاً فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه. وإن كانوا في درجة فإن كانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه، ومثل الخالة والعمة أخ لأب وأخ لأم؛ كذا في فتح القدير. وكذا لا يرد عليه ما إذا كان البائع حربياً مستأمناً لمسلم فإنه لا يمنع المسلم من الشراء دفعاً للمفسدة عنه، وكذا لا يرد ما إذا باعه ممن حلف بعتقه إن اشتراه أو ملكه لما ذكرنا في الإعتاق. فهذه عشرة مسائل يجوز فيها التفريق ولا بأس بسردها: دفع أحدهما بجناية وبيعه بدين، ورده بعيب، وإذا كان المالك كافراً وإعتاقه وتدبيره واستيلادها وكتابته وبيعه ممن حلف بعتقه وبيع واحد من ثلاثة بالشرط السابق. والحادية عشر إذا كان الصغير مراهقاً ورضيت أمه ببيعه فإنه يجوز كما في فتح القدير. ولو كان مع امرأة مسبية صبي ادعت

بعضهم من بعض» والذي رأيته في الفتح «يرزق بعضهم من بعض» بدون لفظ الجلالة. وفي حاشية الرملي عن ابن حجر الهيتمي وقع لشارح أنه زاد في غفلاتهم ونسبه لمسلم وهو غلط لا وجود لهذه الزيادة في مسلم بل ولا في كتب الحديث كما قضى به سبر ما بأيدي الناس منها اهـ. قوله: **(ورضيت أمه ببيعه)** عبارة الفتح: لو كان الولد مراهقاً فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه.

باب الإقالة

هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وتصح بمثل الثمن الأول وشرط الأكثر أو

أنه ابنها لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما احتياطاً، ولو باع الأم على أنه بالخيار ثم اشترى الولد فإنه يكره التنفيذ لأنهما اجتمعا في ملكه، ولو كان في يده صبي واشترى أمه بشرط الخيار له ردها اتفاقاً لعدم الملك عنده ولدفع الضرر عنه عندهما.

قوله: **(بخلاف الكبيرين والزوجين)** لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أنه ﷺ فرق بين مارية وسيرين وكانتا كبيرتين أختين، ولا يدخل الزوجان لأن النص ورد على خلاف القياس فيقتصر على مورده، فإن فرق في موضع المنع كره وجاز العقد، وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها. وعنه لا يجوز في الجميع لأن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهية لمعنى مجاور فشابه كراهية الاستيام. وفي الجوهرة: وكل ما يكره من التفريق في البيع يكره في القسمة في الميراث والغنائم اهـ والله تعالى أعلم.

باب الإقالة

المناسبة ظاهرة وهي شاملة لكل عقد بيع صحيحاً كان أو مكروهاً فيفسخ إقالة بالتراضي وإن كان واجباً في المكروه تحريماً دافعاً للمعصية أو فاسداً فيفسخ بدون التراضي إما من أحدهما أو من القاضي جبراً كما قدمناه، فاشترك المكروه والفاسد في وجوب الدفع. والكلام فيها يقع في عشرة مواضع: الأول في معناها لغة. والثاني في معناها شرعاً. والثالث في ركنها. والرابع في شروطها. والخامس في صفتها. والسادس في حكمها. والسابع فيمن يملكها ومن لا يملكها. والثامن في بيان دليلها. والتاسع في سببها. والعاشر في محاسنها. أما الأول فقال في القاموس: قلته البيع بالكسر وأقلته فسخته، واستقاله طلب إليه أن يقيله وتقايل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها اهـ. ذكرها في القاف مع الياء. وفي المصباح: أقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد، وقاله قيلاً من باب باع لغة واستقاله البيع فأقاله اهـ. وبهذا ظهر أنها لم تكن مشتقة من القول وأن الهمزة للسلب أي أزال القول الأول كما ذكره الشارح وإنما هي من القيل. وأما معناها شرعاً فهي رفع العقد؛ كذا ذكره في الجوهرة وهو تعريف للأعم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما. وإن أردت خصوصها فقل رفع عقد البيع، وأما الطلاق فهو رفع قيد النكاح لا

باب الإقالة

قوله: **(كما قدمناه)** أي قبيل قول المصنف «إلا أن يبيع المشتري». قوله: **(وأما حكمها فاختلف**

....

رفع النكاح. وأما ركنها فالإيجاب والقبول الدالان عليها بلفظين ماضيين أو أحدهما مستقبلاً والآخر ماضياً كاقلني فقال أقلتك عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالنكاح. وقال محمد: لا تنقعد إلا بماضيين كالبيع؛ كذا في البدائع. وقد يكون القبول بالفعل كما لو قطعه قميصاً في فور قول المشتري أقلتك، وتنعقد بفاسختك وتركت وتاركتك ودفعت وتنعقد بالتعاطي كالبيع كما في الخانية والخلاصة. وفي البزازية: ينعقد به كالبيع من أحد الجانبين وهو الصحيح. وأما شرائط صحتها فمنها رضا المتعاقدين لأن الكلام في رفع عقد لازم، وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه. ومنها بقاء المحل لما سيأتي أن المبيع إذا هلك لم تصح الإقالة، ومنها قبض بدلي الصرف في إقالة الصرف، أما على قول أبي يوسف فظاهر لأنها بيع، وأما على أصلهما فلأنها بيع في حق ثالث وهو حق الشرع. ومنها أن يكون المبيع قابلاً للفسخ بخيار من الخيارات فلو ازداد زيادة تمنع الفسخ لم تصح الإقالة خلافاً لهما. ولا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح إقالة الوارث والوصي، ولا تصح إقالة الموصى له كما في القنية. ومنها اتحاد المجلس وعليه يتفرع ما في القنية: جاء الدلال بالثمن إلى البائع بعدما باعه بالأمر المطلق فقال البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشتري فقال أنا لا أزيده أيضاً لا ينفسخ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ لأن اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول شرط في الإقالة ولم يوجد اهـ. ومنها أن لا يهب البائع الثمن للمشتري قبل قبضه في شراء المأذون، فلو وهبه له لم تصح الإقالة بعدها كما في خزانة المفتين.، ومنها أن لا يكون البيع بالكثير من القيمة في بيع الوصي فإن كان لم تصح إقالته كما فيها أيضاً.

وأما صفتها فهي مندوب إليها للحديث «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيام»[1] وقدمنا أنها تكون واجبة إذا كان عقداً مكروهاً، وينبغي أن تكون واجبة إذا كان

فيه الخ) قال في الجوهرة: إن كانت قبل القبض فهي فسخ إجماعاً وإن كانت بعد القبض فهي فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: هي بيع. وقال محمد: إن كانت بالثمن الأول أو بأقل فهي فسخ، وإن كانت بأكثر أو بجنس آخر فهي بيع، ولا خلاف بينهم أنها بيع في حق الغير سواء كانت قبل القبض أو بعده. وقال زفر: هي فسخ في حقهما وحق الغير اهـ. وفي العناية: والإقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع، وأما في غيره كالعقار فإنه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد، وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده اهـ. فظهر أن قول الجوهرة «إن كانت قبل القبض فهي فسخ إجماعاً» محمول على المنقول وقولها «ولا خلاف بينهم الخ» يخالفه قول الزيلعي «وإن كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعاً»

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٥٢. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٢٦. أحمد في مسنده (٢/ ٢٥٢) بلفظ «من أقال مسلماً أقاله الله عثرته».

. . . .

البائع غاراً للمشتري وكان الغبن يسيراً. وإنما قيدنا باليسير لأن الغبن الفاحش يوجب الرد إن غره البائع على الصحيح كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وأما حكمها فاختلف فيه على أقوال؛ فقال الإمام الأعظم: إنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث. وقال أبو يوسف: إنها بيع في حق الكل. وقال محمد، فسخ في حق الكل. وقال زفر: هي فسخ في حق الكل ذكر قوله في البدائع والسراج الوهاج. وأما من يملكها ومن لا يملكها فقالوا: من ملك البيع ملك إقالته فصحت إقالة الموكل ما باعه وكيله وإقالة الوكيل بالبيع ويضمن. وكتبنا في الفوائد الفقهية إلا في مسائل: الأولى الوصي لو اشترى من مديون اليتيم داراً بعشرين وقيمتها خمسون فلما استوفى الدين أقاله لم تصح إقالته. الثانية العبد المأذون اشترى غلاماً بألف وقيمته ثلاثة آلاف لا تصح إقالته ولا يملكان الرد بالعيب بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية؛ كذا في بيوع القنية. الثالثة المتولي على الوقف إذا اشترى شيئاً بأقل من قيمته لا تصح إقالته، وكذا إذا أجر ثم أقال ولا صلاح فيها للوقف لم يجز كما فيها أيضاً، وفي بعض المواضع منها إن كان قبل القبض جازت وإلا لا. الرابعة الوكيل بالشراء لا تصح إقالته بخلاف الوكيل بالبيع تصح ويضمن. الخامسة الوكيل بالسلم على تفصيل فيه وإنما يضمن

فتأمله. وبما نقلناه يظهر لك ما في كلام المؤلف من حكاية الأقوال إذ لا يظهر من كلامه فرق بين قول محمد وقول زفر فالصواب أن يحذف من قول محمد قوله في حق الكل لأن جعلها بيعاً في حق الثالث اتفق عليه الثلاثة كما صرح به في النهر وهو مستفاد مما قدمناه. قوله: (**الخامسة الوكيل بالسلم**) قال الرملي: وعليك أن تتأمل ما في الظهيرية ويتضح إذا كان معناه فيملكها على الموكل في قول محمد وهو صريح في أن أبا حنيفة يقول بأنه لا يملكها عليه بل تصح على نفسه ويضمن تأمل اهـ. وقال الحموي في حواشي الأشباه بعد ذكره ما نقله المؤلف وفي جامع الفصولين: الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعاً فتأمل ما بين كلام الظهيرية وكلام جامع الفصولين وتخصيص قول محمد في كلام الظهيرية غير ظاهر. وفي البزازية: الوكيل بالبيع يملك الإقالة قبل القبض أو بعده من عيب أو من غير عيب ومثله في جامع الفتاوى فتأمل اهـ. قلت: كلام جامع الفصولين فيما بعد قبض الثمن فلا ينافي ما في الظهيرية وما نقله عن البزازية لم أره في إقالتها بل رأيت في العاشر في الوكالة بالبيع منها ما نصه: إقالة الوكيل بالسلم وإقالة الوكيل بالبيع جائزة عند الإمام ومحمد بخلاف الوكيل بالشراء فإنه لا يملكها إجماعاً اهـ. ومثله في القنية. ثم قال: وأراد بإقالة الوكيل بالسلم الوكيل بشراء السلم بخلاف الوكيل بشراء العين (عن) إقالة الوكيل بالشراء على هذا الخلاف وأنكره مح وهو الأصح والمعنى فيه أن بإقالة الوكيل بالبيع يسقط الثمن عن المشتري عندهما ويلزم المبيع الوكيل، وعند أبي يوسف لا يسقط الثمن عن المشتري أصلاً. قال في العصامي: ولو باع الوكيل ثم أقال قبل قبض أو بعده بعيب أو غير عيب لزمه دون الأمر. قال رضي الله تعالى عنه: إقالة الموكل بالشراء مع البائع لما صحت فكذلك إقالة الموكل بالبيع مع المشتري. اهـ كلام القنية.

. . . .

الوكيل بالبيع إذا أقال إذا كان بعد قبض الثمن أما قبله فيملكها في قول محمد؛ كذا في الظهيرية. وفيها. والوكيل بالإجارة إذا ناقض مع المستأجر قبل استيفاء المنفعة وقبل قبض الأجر صح سواء كان الأجر عيناً أو ديناً اهـ. وفي فتاوى الفضلي: إذا باع المتولي أو الوصي شيئاً بأكثر من قيمته لا تجوز إقالته وإن كانت بمثل الثمن الأول اهـ. وفي القنية: باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ وأجاز الابن البيع ثم أقالت وأجاز الابن الإقالة ثم باعتها ثانياً بغير إجازته يجوز ولا يتوقف على إجازته لأن بالإقالة يعود المبيع إلى ملك العاقد لا إلى ملك الموكل والمجيز، ودليلها السنة والإجماع وسببها الحاجة إليها، ومحاسنها إزالة الغم عن النادم وتفريج الكرب من المكروب فائدة: تصح إقالة الإقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلا الإقالة ارتفعت الإقالة وعاد البيع. وكتبنا في الفوائد إلا في مسألة وهي إقالة السلم فإنها لا تقبل الإقالة كما ذكره الشارح من الدعوى من باب التحالف. وفي الجوهرة: لا تصح الإقالة في النكاح والطلاق والعتاق اهـ.

قوله: **(هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث)** وهذا عند أبي حنيفة إلا إن تعذر جعلها فسخاً بأن ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فإنها تبطل ويبقى البيع على حاله. أطلقه فشمل ما إذا كان قبل القبض أو بعده، وروي عن أبي حنيفة أنها فسخ قبل القبض بيع بعده؛ كذا في البدائع. وظاهره ترجيح الإطلاق. وقال أبو يوسف: هي بيع إلا إن تعذر بأن كانت قبل القبض ففسخ إلا إن تعذرا فتبطل بأن كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك المبيع. وقال محمد: هي فسخ إلا إن تعذر بأن تقايلا بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فبيع إلا أن تعذرا بأن كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول فتبطل. والخلاف المذكور إنما هو فيما إذا وقعت بلفظها، أما بلفظ الفسخ أو الرد أو الترك فإنها لا تكون بيعاً. وفي بعض نسخ الزيلعي فإنها لا تكون فسخاً وهو سبق قلم كما لا يخفى. وفي السراج الوهاج: أما إذا كانت بلفظ البيع كانت بيعاً إجماعاً كما إذا قال البائع له بعني ما اشتريت فقال بعت كان بيعاً. وفائدة كونها فسخاً في حقهما عنده تظهر في خمس مسائل: الأولى وجوب رد الثمن الأول

قوله: **(وإنما يضمن الوكيل بالبيع الخ)** عبارة الظهيرية على ما رأيت فيها نصها: والوكيل بالبيع يملك الإقالة قبل قبض الثمن في قول محمد رحمه الله تعالى. قوله: **(لأن بإقالته يعود المبيع إلى ملك العاقد الخ)** وجهه أن الإقالة بيع جديد في حق العاقدين فصارت البائعة وكيلة بالبيع بالإجازة لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ثم لما أقالت البيع صارت مشترية لنفسها والشراء لا يتوقف متى وجد نفاذاً على العاقد فصار الشراء لها وإن أجاز الابن لعدم التوقف فإذا باعت ثانياً فقد باعت ملكها فلا يتوقف على إجازة الابن. قوله: **(أطلقه فشمل ما إذا كان قبل القبض أو بعده)** أي أطلق قوله هي

....

وتسمية خلافه باطل. الثانية أنها لا تبطل بالشروط المفسدة ولكن لا يصح تعليقها بالشرط كأن باع ثوراً من زيد فقال اشتريته رخيصاً فقال زيد إن وجدت مشترياً بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثاني لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط؛ كذا في السراج الوهاج. الثالثة إذا تقايلا ولم يرد المبيع حتى باعه منه ثانياً جاز ولو كانت بيعاً لفسد، وهذه حجة على أبي يوسف لأن البيع جائز بلا خلاف بين أصحابنا إلا أن يثبت عنه الخلاف فيه؛ كذا في البدائع. ولو باع من غير المشتري لم يجز لكونه بيعاً جديداً في حق ثالث وإذا تبايعاه بعدها يحتاج المشتري إلى تجديد القبض لكونه بعدها في يده مضموناً بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض الشراء كقبض الرهن بخلاف قبض الغصب؛ كذا في الكافي هنا.

وفيه من باب المتفرقات: تقايضا فتقايلا فاشترى أحدهما ما أقال صار قابضاً بنفس العقد لقيامهما فكان كل واحد مضموناً بقيمة نفسه كالمغصوب، ولو هلك أحدهما فتقايلا ثم جدد العقد في القائم لا يصير قابضاً بنفس العقد لأنه يصير مضموناً بقيمة العرض الآخر فشابه المرهون اهـ. والرابعة إذا وهب المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل القبض جازت الهبة، ولو كانت بيعاً لانفسخ لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض. والخامسة لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه، وهذا لا يطرد على أصل أبي يوسف لكونها بيعاً عنده ولو كانت بيعاً لما صح قبضه بلا كيل ووزن؛ كذا في البدائع. تظهر فائدة كونها بيعاً في حق غيرهما في خمس

فسخ في حق المتعاقدين قال في المجتبى: والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد، وكذا عند أبي يوسف في المنقول لتعذر البيع، وفي العقار تكون بيعاً عنده. ك: وعن الحسن عن أبي حنيفة بيع بعد القبض فسخ قبله إلا في العقار فإنه بيع فيهما. قوله: **(وظاهره)** أي ظاهر التعبير بقوله «وروي». قوله: **(وإذا تبايعاه بعدها)** أي بعد الإقالة وهو بيان لقوله جاز أي جاز بيعه قبل رده ولكن يحتاج المشتري إلى قبض جديد، وهذا فيما يتعين كونه مبيعاً كما يفيده ما سيذكره عن الكافي أيضاً. قوله: **(تقايضا)** من المقايضة فهو بالياء المثناة التحتية لا بالياء الموحدة وقوله لقيامهما أي قيام كل من عوضي المقايضة. قوله: **(وتظهر فائدة كونها بيعاً في حق غيرهما في خمس مسائل)** قال في النهر: زاد في النهاية سادسة وهي ما مر من أن قبض بدلي الصرف شرط لصحة الإقالة فيجعل في حق الشرع كبيع جديد. وسئلت عن الإقالة بعد الرهن فأجبت بأنها موقوفة كالبيع أخذاً من قولهم إنها بيع جديد في حق ثالث وهو هنا المرتهن وهي سابعة وعلى هذا لو أجره ثم تقايلا فهي ثامنة اهـ. فالإقالة بعد الرهن موقوفة على إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه. وبعد الإجازة موقوفة على إجازة المستأجر إن أجاز نفذت وإلا بطلت، ويزاد أيضاً ما نقله السيد الحموي عن ابن قرشته وهو ما إذا اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا البيع نزل هذا التقايل منزلة البيع في حق ثالث حتى لا يكون للبائع الأول وطؤها إلا بعد الاستبراء اهـ. لأن وجوب الاستبراء حق الله تعالى فالله تعالى

....

أيضاً: الأولى لو كان المبيع عقاراً فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعاً جديداً في حقه كأنه اشتراه منه. والثانية إذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كأن كان في يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لأنه بيع في حقه فكأنه اشتراه من المشتري. والثالثة إذا اشترى شيئاً وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشتري فاشتراه من قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول جاز وكان في حتى البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني. والرابعة إذا كان المبيع موهوباً فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع في هبته لأن الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة إذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعدما حال عليها الحول فوجد به عيباً فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فإنه لا تسقط عنه الزكاة لكونه بيعاً جديداً في حق الثالث وهو الفقير لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة. وقوله «بيع جديد في حق الثالث» مجرى على إطلاقه. وقوله «فسخ في حق المتعاقدين» غير مجرى على إطلاقه لأنه إنما يكون فسخاً فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط، وأما إذا لم يكن من موجبات العقد ويجب في شرط زائد بالإقالة فيه تعتبر بيعاً جديداً في حق المتعاقدين أيضاً كما إذا اشترى بالدين المؤجل عيناً قبل حلول الأجل ثم تقايلا يعود الدين خالاً كأنه باعه منه. وفي الصغرى: ولو رده بعيب بقضاء كان فسخاً من كل وجه فيعود الأجل كما كان، ولو كان بالدين كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين اهـ. وكما إذا تقايلا ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته لأنه هو الذي باعه ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخاً لقبلت ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لأنه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقياً من جهة المشتري لكونه فسخاً من كل وجه. وكذا لو باع عبداً بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كأنه باعه من البائع بطعام غير معين، وكذا لو قبض أردأ من الثمن الأول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الأول كأنه باعه من البائع

ثالثهما؛ كذا في حاشية أبي السعود. قوله: **(الأولى لو كان المبيع عقاراً فسلم الشفيع الشفعة الخ)** قال الرملي: إنما قال «فسلم» لتظهر فائدة كونها بيعاً وإلا لو لم يسلم بأن أقال قبل أن يعلم الشفيع بالبيع فله الأخذ بالشفعة أيضاً إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة تأمل. قوله: **(وفي الصغرى ولو رده بعيب الخ)** قال الرملي: صورة عبارة الصغرى: ومن له دين مؤجل إذا اشترى بذلك الدين ممن عليه شيئاً وقبضه ثم تقايلا لا يعود الأجل ولو رده بعيب إلى آخر ما هنا وسيأتي في الكفالة عن التتارخانية ما يخالف ما هنا فراجعه وتأمل اهـ. والذي سيأتي في الكفالة هو قوله لو باع الأصيل الطالب بدينه سقط، فلو رد عليه بملك جديد عاد الدين على الأصيل ولم يعد على الكفيل وبالفسخ من كل وجه يعود على الكفيل اهـ. فهذا مخالف لقوله «لا تعود الكفالة». وذكر الرملي هناك

الأقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الأول وهلاك المبيع يمنع وهلاك بعضه بقدره.

بمثل الثمن الأول. وقال الفقيه أو جعفر: يجب عليه رد مثل المقبوض لأنه لو وجب عليه مثل المشروط للزم زيادة ضرر بسبب تبرعه، ولو كان فسخاً بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء رد المقبوض إجماعاً لأنه فسخ من كل وجه؛ كذا ذكر الشارح هنا.

قوله: **(وتصح بمثل الثمن الأول وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الأول)** وهذا عند أبي حنيفة لأن الفسخ يرد على عيب ما يرد عليه العقد فاشتراط خلافه باطل ولا تبطل الإقالة كما قدمنا. قيد بقوله «بلا تعيب» إذ لو تعيب بعده جاز اشتراط الأقل ويجعل الحط بإزاء ما فات بالعيب ولا بد أن يكون النقصان بقدر حصة الفائت، ولا يجوز أن ينقص من الثمن أكثر منه؛ كذا في فتح القدير. وفي البناية معزياً إلى تاج الشريعة: هذا إذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائداً أو نقصاً بقدر ما يتغابن الناس فيه اهـ. وقيد بقوله «وجنس آخر» لأن الإقالة على جنس آخر غير الثمن الأول صحيحة ويلغو المسمى ويلزمه رد الأول، فقوله «وجنس» بالجر عطف على «الأكثر» أي وشرط جنس لا على تعيب. وعند أبي يوسف ومحمد إذا شرط الأكثر كانت بيعاً لكونه الأصل فيها عند أبي يوسف، ولتعذر الفسخ عند محمد. وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف تصح به بيعاً، وعند محمد فسخ بالثمن الأول. ولو قال المصنف **«وتصح مع السكوت عن الثمن الأول»** لكان أولى فيعلم منه حكم التصريح به بالأولى ومع السكوت لا خلاف في وجوب الأول كما في البدائع. وأشار بقوله لزمه الثمن الأول إلى أن الاعتبار لما وقع العقد به لما تقدم ولذا قال في فتح القدير: لو كان الثمن عشرة دنانير ودفع إليه الدراهم عوضاً عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع، وكذا لو رد بالعيب، وكذا في الإجارة لو فسخت. ومن فروع الفسخ كالإقالة ما لو عقدا بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فإنه يرد تلك الدراهم الكاسدة، ولو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير وعلى القلب أنفسخ الأول، وكذا لو عقدا بثمن مؤجل ثم جددا بحال أو على القلب، أما لو جدداه بدراهم أكثر أو أقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا: لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لا ينفسخ الأول لأنه مثله إذ الحط يلتحق بأصل العقد إلا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر. ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك

أن ما ذكره المؤلف هناك عزاه في التتارخانية إلى الغياثية، ونقل في التتارخانية عن المحيط أنه يبرأ الكفيل سواء كان الرد بعيب بقضاء أو برضا. ونقل عن السغناقي عن المبسوط التفصيل بين الرد بالقضاء فيعود على الكفيل وبين الرد بالرضا فلا يعود. قال الرملي: والحاصل أن فيها خلافاً بينهم فتنبه. قوله: **(كذا ذكر الشارح هنا)** الإشارة إلى جميع ما مر من قوله «وقوله فسخ في حق المتعاقدين» إلى هنا. قوله: **(ولو قال بعه لي)** سيأتي عن الخانية في أول فصل التصرف في المبيع تقييده بما إذا لم

....

فإن باعه جاز وانفسخ الأول، ولو قال بعه لي أو لم يزد على قوله بعه لي أو زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لأنه توكيل. ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ إذا قبل، ولو قال البائع قبل القبض أعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف العتق باطل. وفي الفتاوى الصغرى: جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع في الخانية وغيرها: باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها إلا إن عزم على ترك الخصومة فيحل حينئذ له وطؤها، وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها، فإن ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بعد بذلك حل له وطؤها. ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له، فإن رضي البائع بها حل وطؤها. وكذا القصار والإسكاف، وكذا لو اشترى ما يتسارع إليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وغاب والمشتري وخاف البائع فساده فله بيعه من غيره استحساناً، وللمشتري منه الانتفاع به وإن علم لرضا العاقدين بالفسخ ظاهراً ويتصدق البائع بما زاد على الثمن، وإن نقص فعلى البائع. ولو اختلفا فادعى البائع الإقالة والمشتري أنه باعه منه بأقل قبل النقد فالقول للمشتري في إنكارها ولو كان على العكس تحالفا؛ كذا في فتح القدير. وأشار أيضاً بقوله «لزمه الثمن الأول» إلى أنه لو كان الثمن الأول حالاً فأجله المشتري عند الإقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الإقالة، وإن تقايلا ثم أجله فينبغي أن لا يصح الأجل عند أبي حنيفة فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده؛ كذا في القنية. وإلى أنه لو أبرأ المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع ثم تقايلا لم تصح منها أيضاً، وإلى أنه يلزم المشتري رد المبيع. وفي القنية: اشترى ماله حمل ومؤنة ونقله إلى موضع آخر ثم تقايلا فمؤنة الرد على البائع اهـ.

قوله: **(وهلاك المبيع يمنع)** أي صحتها لما قدمنا أن من شرطها بقاء المبيع لأنها رفع

يقل له نعم فراجعه. قول المصنف: **(وهلاك المبيع يمنع)** قال الرملي أقول: وكذا هلاكه بعد الإقالة وقبل التسليم يبطلها. قال في البزازية: هلاك المبيع بعد الإقالة قبل التسليم مبطل وفي مجمع الفتاوى، ولو تقايلا ثم هلك المبيع قبل التسليم بطلت الإقالة. وفي مجمع الرواية شرح القدوري قال في شرح الطحاوي: أو هلك المبيع بعد الإقالة قبل التسليم إلى البائع بطلت الإقالة، ومثله في كثير من الكتب، ووجهه مأخوذ من قولهم لا تتم إلا بالقبض. قال في الخلاصة: ولو جاء المشتري إلى البائع وقال إنه قام علي بثمن غالٍ فرد عليه البائع ما قبض من الثمن ولكن لم يقبض ما باع لا تتم الإقالة والشرط الإعطاء من الجانبين اهـ. ولتمامها حكم إنشائها فكما لا يجوز إنشاؤها بعد هلاك المبيع فكذا هلاكه يبطلها. وقدم هذا الشارح في قوله هي فسخ أنه إذا تعذر جعلها فسخاً بأن ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فإنها تبطل ويبقى البيع على حاله والله تعالى أعلم اهـ. قلت: وما

....

العقد وهو محله. قيد بالمبيع لأن هلاك الثمن لا يمنعها لكونه ليس بمحل لكونه يثبت بالعقد فكان حكماً وهو يعقبه فلا يكون محلاً لأن المحل شرط وهو سابق فتنافيا، ولذا بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض دون الثمن قوله: **(وهلاك بعضه بقدره)** أي هلاك بعض المبيع يمنعها بقدر الهالك لأن الجزء معتبر بالكل. وفي بيع المقايضة إذا هلك أحدهما صحت في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة الهالك إن كان قيمياً، ومثله إذا كان مثلياً فيسلمه إلى صاحبه ويسترد العين إلا إذا هلكا بخلاف البدلين في الصرف إذا هلك لعدم التعيين ولذا لا يلزمهما إلا رد المثل بعدها. وفي السراج الوهاج: اشترى عبداً بنقرة فضة أو بمصوغ مما يتعين فتقابضا ثم هلك العبد في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صحت وعلى البائع رد الفضة بعينها ويسترد من المشتري قيمة العبد، وفي البزازية: تقايلا فأبق العبد من يد المشتري وعجز عن تسليمه تبطل الإقالة اهـ. وأشار إلى أن البيع إذا هلك بعد الإقالة بطلت وعاد البيع. قيد بالهلاك لأنه لو باع صابوناً رطباً ثم تقايلا بعدما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باقٍ؛ كذا في فتح القدير وأشار بعدم اشتراط بقاء جميع المبيع على حاله إلى أنه لو اشترى أرضاً مع الزرع وحصده المشتري ثم تقايلا صحت في الأرض بحصتها من الثمن بخلاف ما إذا أدرك الزرع في يده ثم تقايلا فإنها لا تجوز لأن العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة؛ كذا في القنية. وإلى أن الاعتبار لما دخل في البيع مقصوداً فلو

ذكره عن الخلاصة مبني على غير الصحيح فقد ذكر المسألة في البزازية ثم قال: فمن قال البيع ينعقد بالتعاطي من أحد الجانبين جعله إقالة وهو الصحيح ومن شرط القبض من الجانبين لا يكون إقالة اهـ. قوله: **(وهو محله)** أي والمبيع محل العقد قوله: **(قيد بالمبيع)** كان نسخته ليس فيها التصريح بحكم الثمن وإلا فالذي رأيته في المتن وعليه كتب في النهر التصريح به قبل قوله «وهلاك المبيع يمنع» حيث قال: وهلاك الثمن لا يمنع الإقالة. قوله: **(وفي بيع المقايضة الخ)** بالياء المثناة التحتية بأن تبايعا عبداً بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائماً وتمامه في العناية. قوله: **(إلا إذا هلكا)** أي فتبطل الإقالة. وقوله «بخلاف البدلين الخ» أي فإن هلاكهما جميعاً غير مانع مع أن لكل واحد منهما حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لأنهما لما لم يتعينا لم تتعلق الإقالة بأعيانهما لو كانا قائمين، بل رد المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما كقيامهما، وفي المقايضة تعلقت بأعيانهما قائمين فمتى هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الإقالة عليه؛ كذا في العناية. قوله: **(إذا هلك بعد الإقالة)** أي قبل التسليم إلى البائع كما مر. قوله: **(وإلى أن الاعتبار لما دخل في البيع مقصوداً)** قال الرملي: يؤخذ منه جواب حادثة الفتوى: اشترى حماراً موكفاً وقبضه فهلك إكافه عنده ثم تقايلا لا يضمن، وكذا إذا استهلكه، وإذا كان باقياً يرده لأنها من المبيع وإن دخلت تبعاً، ومثله الشجر إذا دخل تبعاً وهذا على غير الرقم الآخر، وأما على الرقم الآخر فكل شيء موجود

....

اشترى أرضاً فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الإقالة بجميع الثمن ولا شيء للبائع من قيمة الأشجار وتسلم الأشجار للمشتري. هذا إذا علم البائع بقطعها، فإن لم يعلم به وقتها خير إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك.

وإن اشترى عبداً فقطعت يده وأخذ أرشها ثم تقايلا صحت الإقالة ولزمه بجميع الثمن ولا شيء للبائع من أرش اليد إذا علم وقت الإقالة أنه قطعت يده وأخذ أرشها، وإن لم يعلم يخير بين الأخذ بجميع الثمن وبين الترك؛ كذا في القنية. ورقم برقم آخر أن الأشجار لا تسلم للمشتري وللبائع أخذ قيمتها منه لأنها موجودة وقت البيع بخلاف الأرش فإنه لم يدخل في البيع أصلاً لا قصداً ولا ضمناً اهـ. ثم اعلم أنه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الإقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه لأنها صحيحة، سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً، وسواء كان قائماً في يد المسلم إليه أو هالكاً لأن المسلم إليه وإن كان ديناً فحقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه، وإذا صحت فإن كان رأس المال عيناً قائمة ردت، وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثلياً، والقيمة إن كان قيمياً، وإن كان ديناً رد مثله قائماً أو هالكاً لعدم التعيين، وكذا إقالته بعد قبض المسلم إليه وإن كان قائماً ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعيناً؛ كذا في البدائع والله سبحانه أعلم.

وقت البيع للبائع أخذ قيمته دخل ضمناً أو قصداً، وكل شيء لم يدخل أصلاً لا قصداً ولا ضمناً ليس للبائع أخذه، وأقول: ينبغي ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه تأمل. وفي الخلاصة: رجل باع من آخر كرماً فسلمه إليه فأكل المشتري نزله سنة ثم تقايلا لا يصح، وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها الأجنبي اهـ. أقول: ينبغي تقييد المسألة بما إذا كانت هذه الزيادة حدثت بعد القبض لأنها لو كانت قبل القبض ينبغي أن لا تمنع الإقالة كما لا تمنع الرد بالعيب تأمل. وأقول: وإنما تمنع المنفصلة إذا كانت متولدة من المبيع، أما إذا لم تكن متولدة منه ككسب وغلة لا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ، وقد ذكر ذلك في الخامس والعشرين من جامع الفصولين فراجعه مع ما كتبناه عليه يظهر لك ذلك. وفي التتارخانية: وإن ازدادت الجارية ثم تقايلا فإن كان قبل القبض صحت الإقالة، سواء كانت الزيادة متصلة أو منفصلة، فهو صريح فيما تفقهناه والله تعالى هو الموفق. وفي المجتبى: الزيادة المتصلة لا تمنع الإقالة قبل القبض وبعده والمنفصلة تمنع بعده لا قبله اهـ. وفي التتارخانية من كتاب البيوع في الفصل الحادي عشر في الاختلاف الواقع بين البائع والمشتري بعد أن رمز للمحيط: وإن كانت الزيادة بدل المنفعة فإنهما يتحالفان بالإجماع فإذا تحالفا كان الكسب للمشتري عندهم جميعاً كما لو حصل الفسخ بالرد بالعيب بعد القبض أو بإقالة بعد القبض فإنه يبقى الكسب للمشتري عندهم جميعاً اهـ. قوله: **(لأن المسلم إليه)** كذا في النسخ والصواب «المسلم فيه» وكذا قوله الآتي «بعد قبض المسلم إليه»

باب المرابحة والتولية

هي بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وشرطهما كون الثمن الأول مثلياً وله أن يضم

باب المرابحة والتولية

شروع فيما يتعلق بالثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسيئة بعد بيان أحكام المبيع وقدم المبيع لأصالته. وكذا في البناية. وقدمنا أن أنواعه بالنسبة إلى الثمن أربعة هما والمساومة لا إلتفات فيها إلى الثمن الأول، والرابع الوضيعة بأنقص من الأول، ولم يذكرهما لظهورهما، وهما جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع لأن الغبي الذي لا يهتدي إلى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما، ولذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة، وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع من أبي بكر رضي الله عنه بعيرين فقال النبي ﷺ: «ولني أحدهما. فقال: هو لك بغير شيء. فقال: أما بغير ثمن فلا». قال السهيلي: سئل بعض العلماء لم لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع إليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك فقال: لولا الصداق فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية وشيئاً وهو عشرون درهماً. فقال: لتكون هجرته بنفسه وماله رغبة منه في استكمال فضلها إلى الله، وأن تكون على أتم الأحوال. والمرابحة في اللغة كما في الصحاح يقال بعته المتاع واشتريته منه مرابحة إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً اهـ. وأما التولية في اللغة فقال الشارحون: إنها مصدر ولي غيره إذا جعله والياً. وفي القاموس: التولية في البيع نقل ما ملكه بالعقد الأول وبالثمن الأول من غير زيادة. وأما شرعاً فقال.

(هي) أي التولية **(بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة)** وأورد عليه الغصب وهو ما إذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمنه قيمته ثم وجده جاز له بيعه مرابحة وتولية على ما ضمن، وقد غفل الشارح الزيلعي فأورده على عبارة الهداية وهي نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع ربح أو لا، وادعى أن عبارة المؤلف أحسن وليس كما زعم لأن مسألة الغصب كما ترد على الهداية باعتبار أنه لا عقد فيها كذلك ترد على الكنز باعتبار أنه لا ثمن

باب المرابحة والتولية

قوله: **(ولم أر كيف يقول الخ)** قال في الفتح: وصورة هذه المسألة أن يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه اهـ. وقوله «أو رقمه كذا» أي في مسألة البيع بالرقم وسيذكرها المؤلف قوله: **(سواء كان الربح الخ)** عبارة المنح: سواء كان الربح من جنس رأس المال الدراهم من

....

فيها. فإن أجيب بأن القيمة كالثمن فكذلك يقال إن الغصب ملحق بعقود المعاوضات، وقد أجاب الشارحون عن الهداية بها قالوا: ولذا صح إقرار المأذون به لما كان إقراره بالمعاوضات جائزاً. وقد صرح في الفتاوى الكبرى بأنه يقال قام علي بكذا ويرد على كلا التعريفين ما ملكه بهبة أو أرث أو وصية إذا قومه فله المرابحة على القيمة إذا كان صادقاً في التقويم مع أنه لا ثمن ولا عقد ولم أر كيف يقول، وينبغي أن يقول قيمته كذا ويرد عليهما أيضاً من اشترى دراهم بدنانير لا يجوز بيع الدراهم مرابحة مع صدق التعريف عليها، ويرد أيضاً عليهما ما فيه من الإبهام لأن الثمن السابق إما أن يراد عينه أو مثله لا سبيل إلى الأول لأنه صار ملكاً للبائع الأول فلا يراد في الثاني، ولا إلى الثاني لأنه لا يخلوا إما أن يراد المثل جنساً أو مقداراً والأول ليس بشرط لما في الإيضاح والمحيط أنه إذا باع مرابحة فإن كان ما اشتراه به له مثل جاز، سواء كان الربح من جنس رأس المال من الدراهم أو من الدنانير إذا كان معلوماً يجوز الشراء به لأن الكل ثمن، والثاني وهو المقدار يقتضي أن لا يضم أجرة القصار والصباغ ونحوهما لأنها ليست بثمن في العقد الأول. وإذا أريد المثل قدراً وادعى أن الأجرة من الثمن الأول عادة كما فعله الشارحون ورد عليه أنها جائزة بعينه إذا كان قد وصل إلى المشتري الثاني، وما أورده في فتح القدير من الشراء بثمن نسيئة فإن المرابحة لا تجوز على ذلك الثمن ليس بوارد لأنها جائزة إذا بين أنه اشتراه نسيئة كما سيأتي آخر الباب. وقد وضعت لكل منهما تعريفاً لا يرد عليه شيء إن شاء الله تعالى فقلت: التولية نقل ما ملكه بغير عقد الصلح والهبة بشرط عوض بما يتعين بعين ما قام عليه أو بمثله أو برقمه أو بما قومه به في غير شراء القيمي أو بمثل ما اشترى به من لا تقبل شهادته له من أصوله وفروعه وأحد الزوجين أو مكاتبه أو عبده المأذون أو أحد المتفاوضين من الآخر أو بمثل ما اشترى به مضاربه أو رب المال مع ضم حصة من الربح بزيادة ربح في المرابحة وبلا ربح في التولية. فخرج ما ملكه في الصلح لابتنائه على الحط والمساهلة بخلاف ما إذا اشتراه من مديونه بالدين وهو يشتري بذلك الدين فإنه يجوز كما في الظهيرية، وما ملكه بالهبة بشرط العوض أيضاً كما في الظهيرية.

الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس إذا كان معلوماً الخ. قوله: **(وما أورده في فتح القدير الخ)** ذكر في النهر الجواب عنه وعن مسألة الصرف السابقة فقال: وأجيب عن الأول بأن البيع يستلزم مبيعاً وكون مقابله ثمناً مطلقاً مقيد. قوله: **(بغير عقد الصلح)** متعلق بملكه. وقوله «بشرط عوض» متعلق بالهبة، وقوله «بما يتعين» متعلق بملكه أيضاً. وقوله «بعين» متعلق بنقل، وقوله «أو بمثله» معطوف على «بعين» وكذا قوله «أو برقمه» ولكن الضمير فيه يعود على ما في قوله «نقل ما ملكه». وقوله «في غير شراء القيمي» متعلق بمحذوف حال من «ما» فيه قوله «أو بما قوّمه

....

وخرج بما يتعين ما لا يتعين كما قدمناه. وقلنا بعين ما قام عليه ولم نذكر العقد الأول ولا الثمن السابق ليدخل الغصب وما تكلفه على العين، وليخرج ما إذا اشترى دجاجة فباضت عنده عشر بيضات ولم ينفق عليها قدر البيض فإنه ليس له المرابحة على الثمن الأول كما في النهاية. وقلنا بالعين أو بالمثل من غير اقتصار على أحدهما لجوازها على العين في صورة قدمناها وعلى المثل فيما عداها، ويدخل في المثل مثل الثمن السابق إن كان البيع صحيحاً وقيمته إن كان فاسداً؛ كذا في المحيط. و«أو» في التعريف ليست للإبهام وإنما هي للتنويع. وقلنا أو برقمه ليدخل ما إذا اشترى متاعاً ثم رقمه بأكثر من الثمن الأول ثم باعه مرابحة على رقمه جاز، ولا يقول قام علي بكذا ولا قيمته ولا اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب، وإنما يقول رقمه كذا فأنا أرابح على كذا كما في النهاية. وقلنا أو بما قومه به ليدخل ما ملكه بإرث ونحوه كما قدمناه، وقيدنا بغير شراء القيمي لأنه إذا اشترى قيمياً وقومه لم تجز المرابحة، والفرق بين القيميين أن في شراء القيمي له أصل يرجع إليه وهو الثمن الأول واحتمل أن يكون ما قومه به أزيد في نفس الأمر، والمرابحة مبنية على الاحتراز عن شبهة الخيانة بخلاف ما إذا ملكه بغير بدل لعدم الثمن الأول يكون ما قومه به مخالفاً له واحتمال الزيادة في تقويمه لا يعد خيانة لأنه من جهة المشتري. ولو كان بعض المبيع مشتري والبعض غير مشتري فقال في الظهيرية: رجل اشترى من آخر ثوباً وبطانة وجعلهما جبة وجعل حشوها قطناً ورثه أو وهب له ثم حسب الثمن وأجر الخياط ثم قال لغيره قام علي بكذا وباعه مرابحة على ذلك جاز، وكذا الرجل يرث الثوب فيبسطه بالقز الذي اشتراه

به»، وقوله «أبو بمثل» معطوف على «بعين» وكان الأولى أن يقول «أو بعين ما قام على من لا تقبل شهادته له الخ» ليدخل ما لو ملكه من لا تقبل شهادته له بالغصب. وقوله «أو بمثل ما اشترى به مضاربه الخ» معطوف على «بعين» أيضاً. وفي هذه المسألة كلام سيذكره المؤلف في هذا الباب عند قول المتن «ولو كان مضارباً بالنصف». وقوله «بزيادة ربح» حال من قوله «نقل ما ملكه» ولا يخفى ما فيه من الركاكة لأن المعنى حينئذ التولية نقل ما ملكه الخ. مقترناً بزيادة ربح والتولية لا تكون بزيادة ربح ولا يدفعه قوله في المرابحة ومراده أن يشير إلى تعريف المرابحة أيضاً فكان عليه أن يتمم تعريف التولية بقوله بلا ربح ثم يقول والمرابحة النقل المذكور بزيادة ربح. واعترض في النهر التعريف المذكور بأنه أطال فيه بذكر الشروط وغير خافٍ عليك خروجها عن الماهيات، والقصد من التعاريف إنما هو بيان الماهية فقط. قوله: **(كما قدمناه)** أي فيما لو اشترى دراهم بدنانير فقدم أنه لا يجوز بيع الدراهم مرابحة. قوله: **(في صورة قدمناها)** أي في قوله إنها جائزة بعينه إذا كان قد وصل إلى المشتري الثاني. قوله: **(إذا اشترى متاعاً ثم رقمه بأكثر من الثمن الأول الخ)** سيذكر عند قوله «فإن خان الخ» تقييد ذلك عن المحيط بما إذا كان عند البائع أن المشتري يعلم أن الرقم غير الثمن الخ. قوله: **(ولا يقول قام علي بكذا ولا قيمته)** انظر ما نذكره قريباً في الحاشية. قوله: **(فقوله والربح الخ)**

....

وحسب أجر الخياط ثمن القز ثم قال لغيره قام علي بكذا وباعه مرابحة على ذلك جاز؛ كذا في الظهيرية. وقلنا أن بمثل ما اشترى به من لا تقبل الشهادة له يعني لا بمثل ما اشتراه هو به فإذا اشترى شيئاً ممن لا تقبل شهادته له فإنه إنما يرابح بما اشترى بائعه لا بما اشتراه كما ذكره الشارح، وكذا رب المال إذا اشترى من مضاربه لا يرابح بما اشتراه وإنما يرابح بمثل ما اشترى المضارب مع ضم حصة المضارب فقط لأنها كما سيأتي مبنية على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة ولذا قال في الظهيرية: إن من اشترى شيئاً وعلم أن فيه غبناً لا يجوز له المرابحة والتولية حتى يبينه والله تعالى أعلم. وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح بحول الله وقوته.

قوله: **(وشرطهما كون الثمن الأول مثلياً)** لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة، والمثلي الكيلي والوزني والمعدود المتقارب وعبارة المجمع أولى وهي: ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثلياً أو مملوكاً للمشتري والربح مثلي معلوم اهـ. ولكن لا بد من التقييد بالمعين للاحتراز عن الصرف فإنه لا يجوز أن فيهما، وتقييد الربح بالمثلي اتفاقي لجواز أن يرابح على عين قيمته مشار إليها ولذا قال في فتح القدير: أو بربح هذا الثوب. وقيد الربح بكونه معلوماً للاحتراز عما إذا باعه بربح ده يازده لا يجوز له لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال؛ كذا في الهداية. ومعنى قوله «ده يازده» أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم؛ فإن كان الثمن الأول عشرين كان الربح بزيادة درهمين، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم، فهذا يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه؛ كذا في النهاية يعني فإذا كان رأس المال قيمياً مملوكاً للمشتري لا يجوز لجهالة الربح، وأما إذا كان الربح شيئاً مشاراً إليه مجهول المقدار فإنه يجوز. فقوله «والربح مثلي معلوم» شرط في القيمي المملوك للمشتري كما لا يخفى. وفي البناية: ولفظة «ده» بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية و«يازده» باليا آخر الحروف وسكون الزاي اسم أحد عشر بالفارسية اهـ. ومن مسائل «ده يازده» ما في المحيط: اشترى ثوباً بعشرة وباعه بوضيعة ده يازده على ثمنه فالثمن تسعة دراهم وجزء من

أي قول المجمع وقوله «شرط في القيمي» فيه نظر فإن بالإشارة علماً وإن كان المشار إليه مجهول المقدار ومعلومية الربح ولو بالإشارة شرط فيما إذا كان الثمن مثلياً أيضاً تأمل. قوله: **(وذلك تسعة دراهم وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً)** كذا في النسخ وصوابه «وجزء واحد» بدل قوله «وعشرة أجزاء» ولعل في العبارة سقطاً والأصل هكذا: وذلك تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءاً من درهم، والوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم بدليل ذكره الوضيعة في المسألة الآتية. قوله: **(وإن باعه بوضيعة ده يازده)** كذا في النسخ وهو عين الصورة الأولى وهي ما إذا باعه بوضيعة

....

أحد عشر جزءاً من درهم، والوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم واحد ومعرفته اجعل كل درهم على أحد عشر جزءاً فيصير العشرة مائة وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً، ثم اطرح من كل سهم جزءاً فيكون المطروح عشرة بقي مائة جزء وذلك تسعة دراهم وعشر أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وإن باعه بوضيعة ده يازده فالثمن ثمانية دراهم وثلث درهم والوضيعة درهم وثلثا درهم وتخريجه على نحو ما مر. وإن باعه بوضيعة عشرة فاجعل كل درهم على عشرة أجزاء ثم اطرح جزءاً من كل درهم فيكون المطروح عشرة أجزاء يبقى تسعون جزءاً فيكون تسعة دراهم، وعلى هذا القياس إن باعه بوضيعة تسع أو ثمان اهـ. وفي فتح القدير: اشترى عبداً بعشرة على خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول يتعين في العقد الثاني والربح مطلقا فينصرف إلى نقد البلد، فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح دهيازه فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته إليه. وفي المحيط: اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام علي بكذا وباعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة، وإذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور، وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك. واعلم أن المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الأول عليه دون ما وقع عوضاً عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها ديناراً أو ثوباً قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فإن رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال اهـ. ما في فتح القدير. ويرد عليه ما في الظهيرية: لو اشترى بالجياد ونقد الزيوف قال أبو حنيفة: يرابح بالزيوف. وقال أبو يوسف: يرابح بالجياد. فقوله «والجياد» إنما هو على قول أبي يوسف ولكن جزم في المحيط من غير خلاف بأنه يرابح بالجياد. وأشار بالثمن أي جميعه إلى بيع جميع المبيع فلو اشترى ثوبين وقبضهما ثم ولي رجلاً أحدهما بعينه لم يجز، وكذا لو اشركه في أحدهما بعينه لم يجز، ولو كان المشتري قبض أحد الثوبين من البائع ثم اشترك رجلاً فيهما جازت الشركة في نصف

أحد عشر على ثمنه، والمراد هنا ما إذا باعه بوضيعة اثني عشر على ثمنه إذا كان ثمنه عشرة بأن يجعل كل درهم على اثني عشر جزءاً فتصير العشرة مائة وعشرين جزءاً من اثني عشر جزءاً من الواحد ثم يطرح من كل سهم جزآن فيكون المطروح حينئذ عشرين يبقى مائة جزء كل اثني عشر جزءاً بواحد صحيح فستة وتسعون جزءاً بثمانية صحاح والأربعة أجزاء بثلث درهم صحيح. قوله: **(وأجرة المخزن)** قال في النهر: وكأنه للعرف وإلا فالمخزن وبيت الحفظ على حد سواء في عدم الزيادة في العين قوله: **(وأما أجرة السمسار والدلال)** قال في النهر: وفي عرفنا الفرق بينهما هو أن السمسار

إلى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم ويقول قام علي

المقبوض، وكذا لو ولاهما رجلاً جازت التولية في المقبوض. ولو اشترى جاريتين بألف درهم وقبضهما وباع أحدهما ثم ولاهما رجلاً فالمولى بالخيار إن شاء أخذ التي لم تبع بحصتها وإن شاء ترك إذا لم يعلم ببيع أحدهما، وكذلك لو أشرك فيهما جازت الشركة في نصف التي لم تبع وإن لم يبع أحدهما ولكنه أعتق أحدهما أو ماتت ثم ولاهما رجلاً أو أشركه فيهما جاز في الأمة والحية منهما؛ كذا في الظهيرية. وفي السراج الوهاج: لو كان مثلياً فرابح على بعضه جاز كقفيز من قفيزين لعدم التفاوت بخلاف القيمي وتمام تفريعه في شرح المجمع. وفي المحيط: وإن كان ثوباً ونحوه لا يبيع جزءاً منه معيناً لأن الثمن ينقسم عليه باعتبار القيمة وإن باع جزءاً شائعاً جاز وقيل يفسد البيع.

قوله: **(وله أن يضم إلى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم)** لأن العرف جاز بالحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو قيمته يلحق به. هذا هو الأصل وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان. والطراز بكسر الطاء وتخفيف الراء العلم في الثوب؛ كذا في المغرب. والفتل هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير أو كتان من فتلت الحبل أفتله. أطلق الصبغ فشمل الأسود وغيره كما أطلق حمل الطعام فشمل البر والبحر، وقيد بالأجرة لأنه لو فعل شيئاً من ذلك بيده لا يضمه، وكذا لو تطوع متطوع بهذه أو بإعارة، ودل كلامه على أنه يضم أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البئر وكراء الأنهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الأشجار. وفي المحيط: وغيره يضم طعام المبيع إلا ما كان سرفاً وزيادة فلا يضم وكسوته وكراءه وأجرة المخزن الذي يوضع فيه، وأما أجرة السمسار والدلال فقال الشارح: إن كانت مشروطة في العقد تضم وإلا فأكثرهم على عدم الضم في الأول ولا تضم أجرة الدلال بالإجماع اهـ. وهو تسامح فإن أجرة الأول تضم في ظاهر الرواية والتفصيل المذكور قويلة

هو الدال على مكان السلعة وصاحبها والدلال هو المصاحب للسلعة غالباً. قوله: **(وكذا إذا رقم على الثوب الخ)** صدر هذا الكلام يوهم أنه يقول قام علي بكذا فكان الأولى أن يقول «وأما إذا رقم الثوب الخ» وعبارة الفتح: وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقوم قيمته ثم باعه مرابحة يجوز. وصورة هذه المسألة أن يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه، ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشتري مقداراً سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه وهو إذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائناً فإن غبن المشتري فيه فمن قبل جهله اهـ. وظاهره أن الرقم يكون بالقيمة لا بأكثر وإن زادت على الثمن ويدل عليه قوله وهو صادق وإلا فما وجه اشتراط صدقه؟ وحينئذ فيجوز أن يقول رقمه كذا أو قيمته كذا. وينافيه ما مر عن النهاية من أنه لا يقول قام علي بكذا ولا قيمته

بكذا ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ فإن خان في مرابحة أخذ بكل ثمنه أو

وفي الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف؛ كذا في فتح القدير. وإذا حدثت زيادة من المبيع كاللبن والسمن وقد أنفق عليه في العلف واستهلك الزيادة فإنه يحسب ما أنفقه بقدر ما استهلكه ويرابح وإلا فلا يرابح بلا بيان وإذا ولدت المبيعة رابح عليهما ويتبعها ولدها، وكذا لو أثمر النخيل فإن استهلك الزائد لم يرابح بلا بيان كما في الظهيرية بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يرابح مع ضم ما أنفق عليه لأن الغلة ليست متولدة من العين؛ كذا في فتح القدير قوله: **(ويقول قام علي بكذا)** ولا يقول اشتريته لأنه كذب وهو حرام ولذا قدمنا أنه إذا قوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا إذا رقم على الثوب شيئاً وباعه برقمه فإنه يقول رقمه كذا، وسواء كان ما رقمه موافقاً لما اشتراه به أو أزيد حيث كان صادقاً في الرقم كما في فتح القدير قوله: **(ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ)** لعدم العرف بإلحاقه. أطلق في التعليم فشمل تعليم العبد صناعة أو قرآناً أو علماً أو شعراً أو غناء أو عربية قالوا: لأن ثبوت الزيادة لمعنى في العبد وهو حذاقته فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجباً للزيادة في المالية، ولا يخفى ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة، وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا يمنع نسبته إلى التعليم فهو شرط علة عادية والقابلية شرط، وفي المبسوط: أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان فيه عرف ظاهر يلحق برأس المال؛ كذا في فتح القدير. وأشار المؤلف إلى أنه لا يضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار والداء في الجناية وجعل الآبق لندرته فلا يلحق بالسابق لأنه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف، وكذا لا يضم نفقة نفسه وكراءه ولا مهر العبد ولا يحط مهر الأمة لزوجها، والذي يؤخذ في الطريق من الظلم لا يضم إلا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم.

قوله: **(فإن خان في مرابحة أخذ بكل ثمنه أو رده وحط في التولية)** وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يحط فيهما. وقال محمد: يخير فيهما. لمحمد أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فتكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير لفواته. ولأبي يوسف أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان معلوماً فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال، وفي المرابحة منه ومن الربح. ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فتغير التصرف فتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير

ولا اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب، وإنما يقول رقمه كذا وظاهره أنه لا يشترط كون الرقم بالقيمة

رده وحط في التولية ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح

التصرف فأمكن القول بالتخيير. ولم يذكر المصنف والشارح بما تظهر الخيانة قال في فتح القدير: هي إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار، وقيل لا تثبت إلا بإقراره لأنه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور ببينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب وكدعوى الحط فإنها تسمع اهـ. وقوله «وحط» أي أسقط قدر الخيانة من المسمى. وفي السراج الوهاج: وصورة الخيانة في التولية إذا اشترى ثوباً بتسعة وقبضه ثم قال لآخر اشتريته بعشرة ووليتك بما اشتريته فاطلع على ذلك. وبيان الحط في المرابحة على قول أبي يوسف إذا اشتراه بعشرة وباعه بربح خمسة ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية فإنه يحط قدر الخيانة من الأصل وهو الخمس وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب بإثني عشر درهماً اهـ. وقدمنا أنه إذا اشترى متاعاً ورقمه بأكثر من ثمنه وباعه مرابحة على الرقم فإنه يجوز. وقيده في المحيط بما إذا كان عند البائع أن المشتري يعلم أن الرقم غير الثمن فأما إذا كان المشتري يعلم أن الرقم والثمن سواء فإنه يكون خيانة وله الخيار؛ كذا في المحيط. وأشار بعدم الحط في التولية إلى أن المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً ثم حدث به عيب عنده لا يرجع بنقصان العيب لأنه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الأول، وقضية التولية أن يكون مثل الأول وهذا مستثنى من قولهم في خيار العيب، وبقوله رده إلى اشتراط قيام المبيع بحاله فلو هلك قبل رده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع المسمى وسقط خياره عند أبي حنيفة، وهو المشهور من قول محمد لأنه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأن المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت. وظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث فإذا مات المشتري فأطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له. وأطلق الحط في التولية فشمل حالة هلاك المبيع وامتناع رده لأنه لا خيار له وإنما يلزمه الثمن الأول. وفي المحيط: وإن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه ثم علم به المشتري فله الخيار اهـ.

قوله: **(ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وإن أحاط بثمنه لم يرابح)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يبيعه مرابحة على الثمن الأخير وصورته إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً. وعندهما يرابح على عشرة في الفصلين. لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث. ولأبي حنيفة أن شبهة

فليتأمل. قوله: **(وأشار بعدم الحط في التولية)** كذا في بعض النسخ وفي بعضها «وأشار بالحط» وهو

. . . .

حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث. وفي المحيط: ما قاله أبو حنيفة أوثق وما قالاه أرفق اهـ. ومحل الاختلاف عند عدم البيان، أما إذا بين فقال كنت بعته فربحت فيه كذا ثم اشتريته بكذا وأنا أبيعه الآن بكذا بربح كذا جاز اتفاقاً؛ كذا في فتح القدير. وقيد بالشراء لأنه لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يرابح على العشرة وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال، ولا تثبت هذه الوكادة إلا في عقد يجري فيه الربا؛ كذا في فتح القدير. وقيدنا بيعه بجنس الثمن الأول لأنه لو باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا تخلو عن شبهة الغلط؛ كذا في فتح القدير. وقيد بقوله «لم يرابح» لأنه يصح مساومة لأن منع المرابحة إنما هي للشبهة في حق العباد لا في حق الشرع وتمامه في البناية. وقيد بالربح في البيع لأنه لو آجر المبيع وأخذ أجرته من غير نقص دخل فيه فله البيع مرابحة من غير بيان لأن الأجرة ليست من نفس المبيع ولا من أجزائه فلم يكن حابساً لي منه، وكذا لو وطئ الجارية الثيب؛ كذا في السراج الوهاج. وقوله «ثوباً» مثال ولو قال «شيئاً» لكان أولى لأن المثلي والقيمي سواء هنا. ثم اعلم أن ظاهر دليل الإمام يقتضي أنه لا يجيز أن يشتري بالثمن الأخير سواء باعه مرابحة أو تولية، والمتون كلها مقيدة بالمرابحة وظاهرها جواز التولية على الأخير، والظاهر الأول كما لا يخفى. وقيد بالربح لأن بائعه لو حط عنه شيئاً فإن كان بعض الثمن طرحه كالربح، وإن كان كل الثمن باعه مرابحة على ما اشترى لالتحاق حط البعض بالعقد دون حط الكل لئلا يكون بيعاً بلا ثمن فصار تمليكاً مبتدأ كالهبة؛ كذا في المحيط وسيأتي أن الزيادة تلتحق فيرابح على الأصل والزيادة. وفي المحيط: اشترى شيئاً ثم خرج عن ملكه ثم عاد إن عاد قديم ملكه كالرجوع في الهبة أو بخيار رؤية أو شرط أو عيب أو إقالة أو في البيع الفاسد يبيع مرابحة بما اشترى لأن بهذه الأسباب ينفسخ العقد من الأصل وصار كأنه لم يكن، وإن عاد بسبب آخر نحو الإرث والهبة لا يبيع مرابحة لأنه عاد إليه بسبب جديد، وهذا السبب لا يطلق له بيع المرابحة بخلاف ما لو رد عليه بغير قضاء فإنه

الصواب. قوله: **(وقيد بقوله لم يرابح لأنه لا يصح شراؤه)** كذا في بعض النسخ وفي بعضها «لا يصح مساومته» وهو الصواب. قوله: **(يقتضي أنه لا يجيز أن يشتري بالثمن الأخير)** حق التعبير أن يقال أن يبيع بالثمن الأخير تأمل. قوله: **(والمتون كلها مقيدة بالمرابحة)** يمكن أن يستفاد مشاركة التولية للمرابحة في هذا الحكم من قول المتن الآتي وكذلك التولية وقد قال المؤلف فيما يأتي: وينبغي

قبله وإن أحاط بثمنه لم يرابح ولو اشترى مأذون مديون ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضارباً بالنصف يبيعه رب المال بإثني

يعتبر بيعاً جديداً في حق الثالث فكأنه اشترى ثانياً بعشرة بعد أن باعه بعشرة وهذا يطلق له المرابحة اهـ.

قوله: **(ولو اشترى مأذون مديون ثوباً بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس)** وهو ما إذا كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدماً في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول، وتقييده بالمديون اتفاقي ليعلم حكم غيره بالأولى لوجود ملك المولى في أكسابه جميعاً، والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالأصول والفروع وأحد الزوجين وأحد المتفاوضين كذلك كما قدمناه، وخالفاه فيما عد العبد والمكاتب. وفي فتح القدير: لو اشترى من شريكه سلعة إن كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ولا يبين، وإن كانت من شركتهما فإنما يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني، ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الأول لجواز أن تكون السلعة اشتريت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فإنه يبيعها مرابحة على ألف ومائة لأن نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمس مائة فيبيعها على ذلك اهـ. ولو قال المصنف «إلا أن يبين» لكان أولى لأنه لو بين ورابح على الأول جاز كما في البناية قوله: **(ولو كان مضارباً بالنصف يبيعه برب المال بإثني عشر ونصف)** لأن هذا البيع وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر مع أنه يشتري ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والإنعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح. ولم يذكر المصنف والشارح ما إذا كان البائع رب المال والمشتري المضارب وقد سوى بينهما في السراج الوهاج فقال: ولو اشترى من مضاربه أو مضاربه منه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين وحصة المضارب من الربح لكن لو قال «وحصة الآخر» لكان أولى ليشمل رب المال ولكن قال بعده لو اشترى من رب المال سلعة بألف تساوي ألفاً وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فإن المضارب يبيعها مرابحة على ألف ومائتين وخمسين إلا أن يبين اهـ. وذكر المصنف في كتاب المضاربة تبعاً

أن يعود قوله «وكذلك التولية» إلى جميع ما ذكره للمرابحة فتأمل. قوله: **(ولكن يحتاج إلى الفرق)** لا يخفى أن الفرق واضح وذلك أنه إذا كان المضارب بائعاً من رب المال فقد حصل في مال المضاربة ربح للمضارب ورب المال، فإذا باع رب المال ما اشتراه مرابحة لا يضم نصيبه من الربح للشبهة كما مر، أما إذا كان بالعكس لم يحصل في مال المضاربة ربح أصلاً لكن لما كان في هذا البيع شبهة العدم

....

لما في الهداية وإن اشترى من المالك بألف عبداً اشتراه بنصفه رابح بنصفه. وعلله في الهداية من المضاربة بأن هذا البيع يقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين اهـ. وهذا لا يخالف مسألة الكتاب هنا لأنها فيما إذا كان البائع المضارب من رب المال، وفي المضاربة فيما إذا كان رب المال هو البائع من المضارب ولكن يحتاج إلى الفرق، وكأنه إنما لم يضم المضارب نصيب رب المال لما في البناية أن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع للمضارب منه إلا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة، وفيما يقع لرب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني اهـ. ومن العجب قول الشارح الزيلعي في المضاربة في شرح قوله «وإن اشترى من المالك إلى آخره» ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبداً بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم فتبنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كأنه اشتراه له وناوله إياه من غير بيع اهـ. وهو سهو لمخالفته الرواية في باب المرابحة وكتاب المضاربة. وقد صرح في الهداية في الموضعين بضم حصة المضارب إلى رأس المال وهو تناقض منه أيضاً لموافقته على ذلك وتصريحه بالضم في بابها ولم أر له سلفاً ولا من نبه على ذلك في الموضعين وقد كنت قديماً في ابتداء اشتغالي حملت كلام الزيلعي في المضاربة على أنه اشترى ببعض رأس المال وكلامهم في باب المرابحة على أما إذا اشترى المضارب بالجميع لتصريحه في المبسوط بأن الربح لا يظهر إلا بعد تحصيل

لكونه بيع ملكه بملكه اعتبر أقل الثمنين كما علله في الهداية؛ هكذا قرره شيخنا أطال الله بقاءه. ثم رأيته طبقاً لما في النهر حيث قال بعد توفيق المؤلف الآتي وأقول: لا تحرير في هذا الكلام والتحقيق أن يقال إنما ضمت حصة المضارب هنا لظهور الربح ببيعه لرب المال وإن كان مشترياً من رب المال لم يظهر ربح ولذا جزم في المضاربة بأن المضارب يبيعه مرابحة على ما اشترى رب المال اهـ. قوله: **(وقد صرح في الهداية في الموضعين)** أي صرح في هذا الباب وفي كتاب المضاربة بضم حصة المضارب إلى رأس المال في صورة ما إذا اشترى رب المال من مضاربه. وقوله «وهو تناقض منه» أي من الزيلعي أيضاً أي مع كونه سهواً لتصريحه بذلك في هذا الباب، وظن في النهر أن الضمير في قوله «وهو تناقض منه» راجع لصاحب الهداية فقال: وكون صاحب الهداية تناقض وهم فاحش إذ قد أعاد المسألة في المضاربة وجزم بأن المضارب إذا كان بائعاً ضم رب المال حصته أي حصة المضارب إلى رأس المال وإن كان مشترياً فلا ضم أصلاً، وظاهر أن عدم الضم حصة رب المال في المسألتين لما فيه من شبهة أنه اشترى أو باع ماله بماله اهـ. وهو عجيب فإن المؤلف قدم قريباً أن ما ذكره المصنف في كتاب المضاربة متابع فيه لما في الهداية فكيف يقول هنا إنه تناقض فليس مراده إلا ما قلناه من أن الضمير للزيلعي والله تعالى أعلم. وقد حمل في النهر ما ذكره الزيلعي على رواية وقال أيضاً: وفي السراج من أنه يضم يعني المضارب حصته هنا أيضاً فمخالف لصريح الرواية التي جزم بها المصنف

عشر ونصف ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب وبيان بالتعيب ووطء البكر ولو اشترى بألف

رأس المال اهـ. فإذا كان رأس المال ألفاً واشترى بنصفها عبداً وباعه بألف لم يظهر الربح لعدم الزيادة على رأس المال لاحتمال هلاك الخمسمائة الباقية فإذا لم يظهر الربح فلا شيء للمضارب حتى يضم، وأما إذا اشترى بالألف وباعه بألف وخمسمائة فقط ظهر الربح فتضم حصة المضارب إلى المال، وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح بحوله وقوته.

قوله: (ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب) لأنه لم يحبس عنده شيء بمقابلة الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن،

تبعاً لصاحب الهداية في المضاربة اهـ. أي من أنه يرابح على أقل الثمنين كما مر. وأقول: ما ذكره الشارح الزيلعي ليس محمولاً على رواية كما قال، وما ذكره في السراج غير مخالف لصريح الرواية فإن في المسألة تفصيلاً، وكلام كل منهما لا يخرج عن بعض وجوه ذلك التفصيل، وبيان ذلك يحتاج إلى نقل ما ذكره المؤلف في كتاب المضاربة برمته ليتضح الحال ويزول الإشكال بعون الملك المتعال ونصه: قوله «وإن اشترى من المالك بألف عبداً اشتراه بنصفه رابح بنصفه» أي لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبداً قيمته ألف وقد اشتراه رب المال بنصف الألف يبيعه المضارب مرابحة بما اشتراه رب المال، ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على ألف لأنه بيعه من المضارب كبيعه من نفسه. وكذا لو اشتراه رب المال بألف وقيمته بألف وباعه من المضارب بخمسمائة ومال المضاربة ألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة. قيدنا بكونه لا فضل في قيمة المبيع والثمن على رأس مال المضاربة لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعدما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفاً فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة، وكذا إذا كان في قيمة المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفاً وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين، وأما إذا كان من الثمن فضل على رأس المال ولا فضل في قيمة المبيع بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألف باعه من المضارب بألفين فإنه يبيعه مرابحة على ألف فهو كمسألة الكتاب. فالحاصل أن هذه المسألة على أربعة أقسام: قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى به رب المال وهما إذا كان لا فضل فيهما أو لا فضل في قيمة المبيع فقط. وقسمان يرابح على ما اشترى به رب المال وحصة المضارب وهما إذا كان فيهما فضل أو في قيمة المبيع فقط. وهذا إذا كان البائع رب المال، وإما إذا كان البائع المضارب فهو على أربعة أقسام أيضاً: الأول أن لا يكون فضل فيهما بأن كان رأس المال ألفاً فاشترى منها المضارب عبداً بخمسمائة قيمته ألف وباعه من رب المال بألف فإن رب المال يرابح ما اشترى به المضارب الثاني أن يكون الفضل في قيمة المبيع دون الثمن فإنه كالأول. الثالث أن يكون فيهما فضل فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب. الرابع أن يكون الفضل في الثمن فقط وهو كالثالث؛ كذا في المحيط مختصراً. وقال الشارح الزيلعي: ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبداً بخمسمائة فباعه

....

وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن. وأطلق في قوله «بلا بيان» ومراده بلا بيان أنه اشتراه سليماً فتعيب عنده، أما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشاً له للحديث الصحيح «من غش فليس منا» وفي الخلاصة قبيل الصرف: رجل أراد أن يبيع سلعة معيبة وهو يعلم يجب أن يبينها ولو لم يبين قال بعض مشايخنا: يصير فاسقاً مردود الشهادة. قال الصدر الشهيد: ولا نأخذ به اهـ. وأطلق في وطء الثيب ومراده ما إذا لم ينقصها الوطء، أما إذا نقصها فهو كوطء البكر. والتعيب مصدر تعيب أي صار معيباً بلا صنع أحد بآفة سماوية ويلحق به ما إذا كان بصنع المبيع. وشمل ما إذا كان نقصان العيب يسيراً أو كثيراً. وعن محمد إنه إن نقصه قدراً لا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان. ودل كلامه أنه لو نقص بتغير السعر بأمر الله تعالى لا يجب عليه أن يبين بالأولى أنه اشتراه في حال غلائه، وكذا لو اصفر الثوب أو احمر لطول مكثه أو توسخ. وأورد على قولهم الفائت وصف لا يقابله بشيء من الثمن ما إذا اشتراه بأجل فإن الأجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان. وأجيب بإعطاء الأجل جزءاً من الثمن عادة فكان كالجزء. وأورد على قولهم منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن ما إذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيباً امتنع ردها وإن كانت ثيباً وقت الشراء لاحتباسه جزءاً من المبيع عنده. وأجيب بأن عدم الرد إنما هو لمانع وهو أنه إذا ردها فلا يخلو إما مع العقر احترازاً عن الوطء مجاناً أو من غير عقر لا وجه إلى الأول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ، ولا إلى الثاني لسلامة الوطء له بلا عوض وهو لا يجوز فأورد الواهب إذا رجع في هبته بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا شيء على الواطئ لسلامتها كلها بلا عوض له فالوطء أولى بخلاف البيع.

من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة، ولا شك أن هذه الصورة هو القسم الأول في كلام المحيط فليس كلامه هنا مخالفاً لما ذكره هو بنفسه في باب المرابحة أنه يضم حصة المضارب، وقد اشتبهت هذه المسألة على كثير حتى زعموا أنه وقع منه تناقض وليس كذلك، بل ما ذكره هنا هو الوجه الأول في كلام المحيط وهو أنه لا فضل في الثمن وقيمة المبيع على رأس المال، وما ذكره في باب المرابحة هو القسم الثالث والرابع في كلام المحيط كما لا يخفى، ولهذا صوروا المسألة هناك بأن معه عشرة بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر قالوا: يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف. اهـ كلام المؤلف رحمه الله تعالى في كتاب المضاربة. فهذا هو الجواب الصحيح عن الزيلعي ولم يتعرض لكلام السراج هنا ولا هناك، ولا شك أن ما ذكره في السراج بقوله «لو اشترى رب المال سلعة الخ» هو ما ذكره المؤلف عن المحيط في القسم الأول من أنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألفان إلى آخر ما قدمناه والله تعالى الموفق لا رب سواه.

قوله: **(لسلامتها كلها بلا عوض)** حق التعبير أن يقال «وأجيب بسلامتها الخ» قوله: **(ودخل**

نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري فإن أتلف فعلم لزم بألف درهم ومائة وكذا التولية

قوله: **(وببيان بالتعيب ووطء البكر)** أي يرابح مع البيان إذا عيبه المشتري أو غيره لأنها صارت مقصودة بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين فيقابلها شيء من الثمن وقد حبسها. وشمل ما إذا تكسر الثوب بنشره وطيه، ودخل تحت الأول ما إذا أصاب الثوب قرض فأر أو حرق نار. والقرض بالقاف والفاء والتعيب مصدر عيبه إذا أحدث فيه عيباً. وأطلقنا في تعييب غير المشتري فشمل ما إذا أخذ المشتري الأرش أو لا. ، وما إذا كان بأمر المشتري أو بغير أمره، وما وقع في الهداية من التقييد بقوله وأخذ المشتري أرشه اتفاقي للوجوب كما في فتح القدير. ثم اعلم أن زفر قال: لا يرابح إلا بالبيان في المسألتين. واختاره الفقيه أبو الليث فقال: وقول زفر أجود وبه نأخذ. ورجحه في فتح القدير. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى بالمسألة الأولى إلى أنه إذا وجد بالمبيع عيباً فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لأن الثابت له خيار، فإسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية، وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار؛ كذا في فتح القدير قوله: **(ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري)** لأن للأجل شبهاً بالمبيع ألا ترى أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت يخير كما في العيب. والحاصل أن عدم بيان أصل الأجل خيانة، وكذا بيان بعضه وإخفاء البعض، ولو فرع على قول الثاني ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزاد لأجل الأجل. قيد بكون الأجل مشروطاً وقت العقد لأنه لو لم يكن مشروطاً ولكنه معتاد التنجيم فقيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط، وقيل لا لأن الثمن حال بالعقد كما لو باعه حالاً ومطله إلى شهر فإنه

تحت الأول) أي تحت ما إذا تعيب بلا صنع أحد. قوله: **(ورجحه في فتح القدير)** قال في الفتح: واختياره هذا حسن لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة ثم قال: لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لا يجب أن يبين أنه اشتراه في حال غلائه، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوي اهـ. قال في النهر: وقد يفرق بأن الإيهام مع تغير السعر واصفرار الثوب أو توسخه ضعيف لا يعول عليه بخلاف ما لو اعورت الجارية فرابحه على ثمنها فإنه قوي جداً فلم يغتفر اهـ. قلت: وللبحث فيه مجال فقد يكون تفاوت السعرين أفحش من التفاوت بالعيب والكلام حيث لم يدر المشتري بجميع ذلك فلا فرق يظهر فتدبر. قوله: **(وقيل لا)** أي لا يلزمه البيان. قال في النهر: وهو قول الجمهور كما في الشرح.

ولو ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد ولو علم في المجلس خير.

يرابح بالثمن، وينبغي ترجيح الأول لأنها مبنية على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة، وعلى كل من القولين لو لم يكن مشروطاً ولا معروفاً وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه. وفي الخانية: رجل عليه ألف درهم من ثمن مبيع طالبه الطالب فقال ليس عندي شيء فقال له الطالب اذهب واعطني كل شهر عشرة لم يكن تأجيلاً وكان له أن يأخذه بجميع المال حالاً اهـ قوله: **(فإن أتلف فعلم لزم بألف درهم ومائة)** أي إن أتلفه المشتري حالاً ثم علم بالأجل لزمه بكل الثمن حالاً لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن؛ كذا في الهداية. وأورد عليه أنه تناقض لأنه قال عند قيام المبيع إن الثمن يزداد بالأجل وعند هلاكه قال إنه لا يقابله شيء. وجوابه أن الأجل في نفسه ليس بمال فلا يقابله شيء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصداً ويزاد في الثمن لأجله إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصداً فاعتبر مالاً في المرابحة احترازاً عن شبهة الخيانة ولم يعتبر مالاً في حق الرجوع عملاً بالحقيقة. والمراد بالإتلاف هلاك المبيع إما بآفة سماوية أو باستهلاك المشتري، ولو عبر بالتلف لكان أولى ليفهم الإتلاف بالأولى قوله: **(وكذا التولية)** أي هي مثل المرابحة فيما ذكرناه من الخيار عند قيام المبيع، وعدم الرجوع حال هلاكه لابتنائهما على الثمن الأول، وينبغي أن يعود «وكذا التولية» إلى جميع ما ذكره للمرابحة فلا بد من البيان في التولية أيضاً في التعييب ووطء البكر وبدونه في التعيب ووطء الثيب. وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الإنفاق. وقيل: يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما؛ كذا في الهداية. وقال الفقيه أبو جعفر: المختار للفتوى الرجوع بفضل ما بينهما قوله: **(ولو ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد)** أي البيع لجهالة الثمن وكذا لو ولاه بما اشتراه والمرابحة فيهما كالتولية.

قوله: **(ولو علم في المجلس خير)** أي بين أخذه وتركه لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس. قيد بالمجلس لأنه بعد الافتراق عنه يتقرر الفساد فلا يقبل الإصلاح، ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم لعلم فيتخير كما في خيار الرؤية. وظاهر كلام المصنف وغيره أن هذا العقد ينعقد فاسداً بعرضية الصحة وهو الصحيح خلافاً للمروي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد؛ كذا في فتح القدير. وينبغي أن تظهر ثمرة الاختلاف في حرمة مباشرته فعل الصحيح يحرم وعلى الضعيف لا والله سبحانه وتعالى أعلم. وقد ذكر الشارح هنا خيار الغبن فتتبعه فأقول: معنى الغبن في اللغة قال في الصحاح: غبنه

قوله: **(وعلى كل من القولين الخ)** قال في النهر: إنما لم يلزمه البيان لما مر من أن الأصح

....

في البيع والشراء غبناً من باب ضرب مثل غبنه فانغبن وغبنه أي نقصه، وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أي منقوص في الثمن أو غيره والغبينة اسم منه اهـ. وفي القنية: من اشترى شيئاً وغبن فيه غبناً فاحشاً فله أن يرده على البائع بحكم الغبن وفيه روايتان، ويفتى بالرد رفقاً بالناس. ثم رقم لآخر: وقع البيع بغبن فاحش ذكر الجصاص وهو أبو بكر الرازي في واقعاته أن للمشتري أن يرد وللبائع أن يسترد؛ وهو اختيار أبي بكر الزرنجري والقاضي الجلال، وأكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن الفاحش وبه يفتى. ثم رقم لآخر: ليس له الرد والاسترداد وهو جواب ظاهر الرواية وبه أفتى بعضهم. ثم رقم لآخر: إن غر المشتري البائع فله أن يسترد، وكذا إن غر البائع المشتري له أن يرد، ثم رقم لآخر: قال البائع للمشتري قيمته كذا فاشتراه ثم ظهر أنها أقل فله الرد وإن لم يقل فلا، وبه أفتى صدر الإسلام. ثم رقم لآخر: ولو لم يغره البائع ولكن غره الدلال فله الرد، ولو اشترى فيلق إلابريسم خارج البلد ممن لم يكن عالماً بسعر البلد بغبن فاحش فللبائع أن يرجع على المشتري بالفيلق مثله في حق المشتري. قال لغزال لا معرفة لي بالغزل فأتني بغزل اشتريه فأتى رجل بغزل لهذا الغزال ولم يعلم به المشتري فجعل نفسه دلالاً بينهما واشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل وصرف المشتري بعضه إلى حاجته، ثم علم بالغبن وبما صنع فله أن يرد الباقي بحصته من الثمن. قال رضي الله تعالى عنه: والصواب أن يرد الباقي ومثل ما صرف إلى حاجته وليسترد جميع الثمن كمن اشترى بيتاً مملوءاً من بر فإذا فيه دكان عظيم فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل إنفاق شيء من عينه وبعده يرد الباقي ومثل ما أنفق ويسترد الثمن؛ كذا ذكره أبو يوسف ومحمد اهـ. فقد تحرر أن المذهب عدم الرد بغبن فاحش ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به. وفي خزانة الفتاوى: خدع بغبن فاحش فالمذهب ليس له الرد، وقال أبو بكر الزرنجري: يفتي بالرد اهـ. وبعضهم أفتى به إن غره الآخر، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من

أنهما لو ألحقا به شرطاً لا يلتحق بأصل العقد فيكون تأجيلاً مستأنفاً وعلى القول بأنه يلتحق ينبغي أن يلزمه البيان.

قوله: **(ومثل ما صرف إلى حاجته)** مقتضاه أن الغزل مثلي لأنه موزون لا قيمي ويدل عليه ما يأتي في الربا حيث عدوه من الأموال الربوية، ورأيت بخط بعض مشايخ مشايخنا ما نصه: كل ما يكال أو يوزن وليس في تبعيضه مضرة يعني غير المصنوع فهو مثلي، وكذا العددي المتقارب كالجوز والبيض والفلوس ونحوها. وذكر صدر الإسلام أبو اليسر رحمه الله تعالى في شرح كتاب الغصب: ليس كل مكيل مثلياً ولا كل موزون إنما المثلي من المكيلات والموزونات ما هي متقاربة، أما ما هو متفاوت فليس بمثلي فكانت المكيلات والموزونات والعدديات سواء عمادية من أنواع الضمانات اهـ. قلت: ورأيت في الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز (فر): الخل والعصير والدقيق والنخالة

فصل

صح بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول ولو اشترى مكيلاً كيلاً حرم بيعه وأكله حتى

عدم الرد مطلقاً. وفي الصيرفية: اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش إذا لم يعلم به المشتري. وكذا في واقعات الجصاص وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتي، واختاره النسفي وأبو اليسر البزدوي. وقال الإمام جمال الدين جدي: إن غره فله الرد وإلا فلا. والصحيح أن ما يدخل تحت تقويم المقوّمين فيسير وما لا ففاحش اهـ. وكما يكون المشتري مغبوناً مغروراً يكون البائع كذلك كما في فتاوى قارئ الهداية.

فصل

في بيان التصرف في المبيع والثمن قبل قبضه والزيادة والحط فيهما وتأجيل الديون
قوله: (صح بيع العقار قبل قبضه) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز لإطلاق الحديث وهو النهي عن بيع ما لم يقبض، وقياساً على المنقول وعلى الإجارة. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول، والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز والإجارة، قيل على هذا الاختلاف. ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر وهو الصحيح؛ كذا في الفوائد الظهيرية. وعليه الفتوى كذا في الكافي، وفي الخانية: لو اشترى أرضاً فيها زرع بقل ودفعها إلى البائع معاملة بالنصف قبل القبض لا يجوز لأنه آجر الأرض، فإن دفع الأرض معاملة يكون استئجار للعامل ولا يكون إجارة، وإنما لا يجوز لكونه باع نصف الزرع قبل القبض. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان لا يخشى إهلاكه، أما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجز بيعه كالمنقول؛ ذكره المحبوبي. وفي الاختيار: حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علواً لا يجوز بيعه قبل القبض اهـ. وفي البناية: إذا كان في موضع لا يؤمن أن يصير بحراً أو تغلب عليه الرمال لم يجز. وإنما عبر بالصحة دون النفاذ أو اللزوم

والجص والنورة والقطن والصوف وغزله والتبن بجميع أنواعه مثلي. ثم ذكر بعده بنحو كراسة ونصف في هذا الفصل في ضمان النساج دفع إليه غزلاً لينسج فجحد الحائك الغزل وحلف ثم أقر وجاء به منسوجاً فلو نسجه قبل جحوده فله أجره، ولو نسجه بعد جحوده ضمن غزلاً مثله لأنه مثلي ولا أجر له الخ. فهذا صريح النقل ولله الحمد فاندفع قول من قال إنه قيمي فتنبه

فصل في بيان التصرف في المبيع

قوله: (لا يجوز لأنه أجر الأرض) الظاهر أن «لا» ساقطة من النسخ قبل قوله «لأنه». قوله:

....

لأن النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع وإلا فللبائع إبطاله، وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير إذن البائع فللبائع إبطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد كما قدمناه. قيد بالبيع لأنه لو اشترى عقاراً فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل؛ كذا في الخانية.

قوله: **(لا بيع المنقول)** أي لا يصح لنهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك. قيد بالبيع لأن هبته والتصدق به وإقراضه من غير البائع جائز عند محمد وهو الأصح خلافاً لأبي يوسف. وأما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبائع حبسه بالثمن وإن نقده نفذت؛ كذا ذكر الشارح ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف كما قدمناه. وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز لأن الغرر لا يمنع جوازه بدليل صحة تزويج الآبق. وأما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقاً لأنها أخت الميراث، ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو المختار كما في الولوالجية. وأطلق البيع فشمل الإجارة لأنها بيع المنافع والصلح لأنه بيع قالوا: ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته، ولا يجوز بيع الأجرة العين قبل القبض لأنها بمنزلة المبيع. وأراد بالمنقول المبيع المنقول فجاز بيع غيره كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح على دم العمد، والأصل كما في الإيضاح أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز وما لا فجائز. وأطلق في منع البيع فشمل ما إذا باعه من بائعه قبل القبض لم يصح ولا ينتقض البيع الأول بخلاف ما إذا وهبه منه وقبلها فإنه ينتقض لأن الهبة مجاز عن الإقالة بخلاف البيع. وفي الخانية: اشترى عبداً وقبضه ثم تقايلا البيع ولم يتقابضا حتى اشتراه من البائع جاز شراؤه ولو باعه البائع بعد الإقالة من غير المشتري لا يجوز بيعه اهـ. وهذا كله في تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه، فإن تصرف فيه البائع قبل قبضه فهو على وجهين: إما أن يكون بأمر المشتري أو بغير أمره. فإن كان الأول ذكر في الخانية: رجل اشترى عبداً ولم يقبضه فأمره أن يهبه من فلان ففعل البائع ذلك ودفعه إلى الموهوب له جازت الهبة وصار المشتري قابضاً، وكذا لو أمر البائع أن يؤاجره فلاناً معيناً أو غير معين ففعل جاز وصار المستأجر قابضاً للمشتري أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه، والأجر الذي يأخذه البائع من المستأجر يحسبه من الثمن إن كانه من جنسه، وكذا لو أعار العبد البائع

(أو بعده بغير إذن البائع) الضمير عائد إلى القبض والجار والمجرور متعلق به أو بمحذوف حال منه أي أن القبض الواقع بلا إذن البائع بمنزلة عدم القبض لأن للبائع استرداده ليحبسه على الثمن. قوله: **(والصلح لأنه بيع)** أي الصلح عن الدين كما في الفتح وتعبير النهر بالخلع سبق قلم إن لم يكن من تحريف النساخ. قوله: **(والأصل كما في الإيضاح الخ)** هذا الأصل لا يتمشى على قول محمد فالظاهر

....

من رجل قبل التسليم إلى المشتري أو وهب أو رهن فأجاز المشتري ذلك جاز ويصير قابضاً اهـ.

ثم قال: اشترى ثوباً ولم يقبضه ولم ينقد الثمن ثم قال البائع لا أتئمنك عليه ادفعه إلى فلان يكون عنده حتى أدفع إليك الثمن فدفعه البائع إلى فلان فهلك من يده كان الهلاك على البائع لأن المدفوع إليه يمسكه للثمن لأجل البائع فتكون يده كيد البائع، ولو أمر المشتري البائع بوطء الجارية أو بأكل الطعام ففعل كان فسخاً للبيع لأنه لا يصلح نائباً عن المشتري في ذلك فكان مجازاً عن الفسخ ليكون واطئاً وآكلاً مال نفسه. وأما الآمر بالبيع فعلى ثلاثة أوجه: إن قال البائع بعه لنفسك فباعه كان فسخاً، وإن قال بعه لي لا يجوز البيع ولا يكون فسخاً، ولو قال بعه أو بعه ممن شئت فباعه كان فسخاً وجاز البيع الثاني للمأمور في قول محمد. وقال أبو حنيفة: لا يكون فسخاً وهو كقوله بعه لي. ولو اشترى ثوباً أو حنطة فقال للبائع بعه قال الشيخ الإمام أو بكر محمد بن الفضل: إن كان ذلك قبل قبض المشتري وقبل الرؤية يكون فسخاً، وإن لم يقل البائع نعم لأن المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية. وإن قال بعه لي أي كن وكيلاً في الفسخ فما لم يقبل البائع ولم يقل نعم لا يكون فسخاً، وإن كان ذلك بعد القبض والرؤية لا يكون فسخاً ويكون وكيلاً بالبيع سواء قال بعه أو بعه لي اهـ. وأما إذا كان بغير أمره ولم يلحقه إجازة فذكر في الخانية: رجل اشترى عبداً بألف ولم يقبضه حتى رهنه البائع أو آجره أو أودعه فمات انفسخ البيع ولا يضمن المشتري أحداً من هؤلاء لأنه إن ضمنهم رجعوا على البائع، ولو أعاره أو وهبه فمات عند المستعير أو الموهوب له أو أودعه فاستعمله المودع فمات من ذلك كان للمشتري الخيار إن شاء أمضى البيع وضمن المستعير والمودع والموهوب له وإن شاء فسخ البيع لأنه لو ضمن هؤلاء ليس للضامن أن يرجع على البائع. ولو باعه البائع فمات عند المشتري الثاني من عمله أو من غير عمله كان المشتري الأول بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء ضمن المشتري الثاني ثم يرجع المشتري الثاني على البائع بالثمن إن كان نقده الثمن وإلا لم يرجع. ولو أمر البائع رجلاً فقتله كان للمشتري أن يضمن القاتل قيمته لأنه إذا ضمن لم يرجع على البائع، وإن أمر البائع رجلاً بذبح الشاة فذبحها إن كان الذابح بعلم بالبيع فللمشتري تضمينه ولا رجوع له اهـ.

قوله: **(ولو اشترى مكيلاً كيلاً حرم بيعه وأكله حتى يكيله)** أي حتى يعيد كيله لنهيه ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري، ولأنه يحتمل أن

أنه خاص بأبي يوسف تأمل. قوله: **(وإن شاء ضمن المشتري الثاني قيمته)** أي قيمته يوم قبضه وكذا في الهبة والعارية؛ كذا في القنية. وفيها: اشترى داراً أو عبيداً أو عروضاً وتركها في يد البائع فباعها وربح فالبيع باطل فإن أجازه المشتري ففاسد أيضاً لأنه بيع المبيع قبل القبض ويجب فسخه اهـ

....

يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه. قيد بقوله «كيلاً» أي بشرط الكيل لأنه لو اشتراه مجازفة لا يحرم البيع والأكل قبل الكيل لأن الكل له. ولم يذكر المؤلف فساد البيع ونص في الجامع الصغير على فساده لأن سبب النهي أمر راجع إلى المبيع ولكن النص إنما هو في البيع فألحقوا به منع الأكل قبل الكيل وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية، وألحقوا بالمكيل الموزون. وفي فتح القدير: وينبغي إلحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض إذا اشترى بالعدد وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فأفسد البيع قبل العد اهـ. ولا يلزم من حرمة أكله قبل الإعادة كون الطعام حراماً فقد نص في الجامع الصغير أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال إنه أكل حراماً لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه يأثم لتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلاً في سائر المبيعات بيعاً فاسداً إذا قبضها فملكها فأكلها، وتقدم أنه لا يحل أكل ما اشتراه فاسداً وهذا يبين أن ليس كل ما لا يحل أكله إذا أكله أن يقال فيه أكل حراماً؛ كذا في فتح القدير. وقد ليس يقال هذا كأكل المبيع بيعاً فاسداً لتعلق حق البائع بجميع المبيع ووجوب فسخه، وأما هنا فلا يملك البائع الفسخ ولم يتعلق حق البائع إلا بالزيادة الموهومة فيمكن أن يقال في المبيع فاسداً أكل حراماً، ولكن رأيت في الخلاصة في الأيمان من الثاني عشر في الأكل قال وفي فوائد شمس الأئمة الحلواني: لو أكل من الكرم الذي دفع معاملة وهو قد حلف لا يأكل حراماً لا يحنث، أما عندهما لا يشكل، وعند أبي حنيفة كذلك لأن ذلك عقد فاسد عنده فقد أكل ملك نفسه اهـ. فالحق ما في فتح القدير وإنما ذكر المؤلف كيل المشتري وحده دون كيل البائع مع أن الحديث اشتراط الصاعين لأن صاع البائع ليس بلازم لكل بيع لأن البائع إذا ملكه بالإرث أو المزارعة أو كان شراؤه مجازفة أو استقرض حنطة على أنها كر ثم باعها فالحاجة إلى كيل المشتري وإن كان الاستقراض تمليكاً بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكماً لأن ما يرده عين المقبوض حكماً ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكاً بلا عوض حكماً. ولو

قلت: لكن قوله اشترى داراً مبني على قول محمد بفساد بيع العقار قبل قبضه تأمل. قوله: **(ولم يذكر المؤلف فساد البيع)** أي بيع المشتري لما قاله نوح أفندي أي يحرم عليه بيعه وأكله حتى يكيله أو حتى يعيد الكيل فلو باعه بلا إعادة الكيل يكون البيع فاسداً نص عليه في الجامع الصغير، وقال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد اهـ. ومقتضى هذا أن البيع الأول انعقد صحيحاً ولكن حل التصرف فيه من أكل أو بيع موقوف على الكيل، وكذا صحة البيع الثاني موقوفة على الكيل ووجه ذلك كما دل عليه الفرع الآتي آخراً عن فتح القدير أن صحة القبض موقوفة على الكيل ولو قبضه بيده لاحتمال الزيادة فإذا باعه قبل كيله فكأنه باع قبل القبض والتصرف في المنقول قبل قبضه لا يصح كما مر فكانت هذه المسألة من فروع المسألة التي قبلها فإذا أعقبها بها قبل ذكر التصرف في الثمن فتدبر. قوله: **(وينبغي إلحاق المعدود الخ)** ليس هذا بحثاً فيما لا نقل فيه في المذهب لنا فإنه لقوله وبه قال أبو حنيفة ولأنه

يكيله ومثله الموزون والمعدود لا المذروع وصح التصرف في الثمن قبل قبضه والزيادة فيه

اشترى مكايلة ثم باع مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لا حتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه. وفي نوادر ابن سماعة: يجوز وإنما يحتاج إلى كيل البائع إذا كان البائع اشتراه مكايلة. وظاهر كلام المصنف يدل على أن كيل البائع لا يكفي عن كيل المشتري وهو محمول على ما إذا كاله البائع قبل البيع مطلقاً أو بعده في غيبة المشتري، أما إذا كاله في حضرته فإنه يغني عن كيله وهو الصحيح لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين في السلم إن شاء الله تعالى؛ كذا في الهداية. ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع، سواء اكتاله للمشتري منه أو لا، لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضاً فبيعه بيع ما لم يقبض؛ كذا في فتح القدير قوله: **(ومثله الموزون والمعدود)** أي مثل المكيل شراء الموزون وزناً والمعدود عدداً فلا يجوز البيع والأكل حتى يعيد الوزن والعد وهو مقيد بغير الدراهم والدنانير أما هما فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن؛ كذا في الإيضاح. وقيد بالمبيع لما في المحيط: لو كان المكيل أو الموزون ثمناً يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لأنه إذا جاز قبل القبض فقبل الكيل أولى. وهذا كله في غير بيع التعاطي، أما هو فقال في القنية: ولا يحتاج في بيع التعاطي في الموزونات إلى وزن المشتري ثانياً لأنه صار بيعاً بالقبض بعد الوزن اهـ. وفي الخلاصة: وعليه الفتوى.

قوله: **(لا المذروع)** أي لا يحرم بيعه والتصرف فيه قبل إعادة الذرع بعد القبض وإن كان اشتراه بشرط الذرع لأن الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب واحتمال النقص إنما يوجب خياره وقد أسقطه ببيعه بخلاف القدر، وظاهر كلامهم أنه لو أفرد لكل ذراع ثمناً صار كالموزون وقد صرح به العيني في شرح الكنز قوله: **(وصح التصرف في الثمن قبل قبضه)** لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع؛ كذا في الهداية. وظاهره أنه مخصوص بما لا يتعين والحكم أعم منه ولذا قال في فتح القدير: سواء كان مما يتعين أو لا سوى بدل الصرف والسلم لأن للمقبوض حكم عين المبيع

سيأتي متناً وإنما هو استظهار لوجه الحلقة بالمنصوص عليه في الحديث كما هو أظهر الروايتين. قوله: **(أما إذا كان في حضرته فإنه يغني عن كيله)** أي عن كيل المشتري قيماً يظهر، وعليه فصورة المسألة اشتراه مكايلة وكاله لنفسه ثم باعه كذلك وكاله بحضرة المشتري منه أغنى ذلك المشتري عن كيله. ويحتمل عود الضمير إلى البائع وصورته: اشتراه مكايلة ولم يكله لنفسه حتى باعه من آخر وكاله بحضرة المشتري منه فإنه يغني عن كيله أي كيل البائع، ويدل على هذا التعليل بقوله لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وهذا هو المتبادر من كلام الهداية فراجعه لكن ينافيه قوله «ومن هنا ينشأ فرع

....

في السلم والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وكذا في الصرف وأيده السمع إلى آخره. وأطلق التصرف قبل قبضه لقيام المطلق فشمل البيع والهبة والأجارة والوصية وتمليكه ممن عليه بعوض وغير عوض إلا تمليكه من غير من هو عليه فإنه لا يجوز. وأشار المؤلف بالثمن إلى كل دين فيجوز التصرف في الديون كلها قبل قبضها من المهر والإجارة وضمان المتلفات سوى الصرف والسلم ما قدمناه، وأما التصرف في الموروث والموصى به قبل القبض فقدمنا جوازه قوله: **(والزيادة فيه)** أي صحت الزيادة في الثمن قوله: **(والحط منه)** أي من الثمن ويلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر لا يلتحقان وإنما يصحان على اعتبار ابتداء الصلة لأنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد، وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار براً مبتدأ. ولنا أنهما بالحط والزيادة يغير إن العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحاً أو خساراً أو عدلاً. ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير فصار كما إذا اسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد، وإذا صح يلتحق بالعقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه ولذا قيد بقوله «منه» لإخراج حط الكل، وفائدة الالتحاق تظهر في مسائل: الأولى التولية. الثانية المرابحة فيجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي بعد المحطوط. الثالثة الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط، وإنما كان له أن يأخذ بدون الزيادة لما فيها من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه. الرابعة في الاستحقاق حتى يتعلق الاستحقاق بالجميع فيرجع المشتري على البائع بالكل ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل. الخامسة في حبس المبيع فله حبسه حتى يقبض الزيادة. السادسة

الخ» فإن قوله «سواء اكتاله للمشتري منه أو لا يدل على أن كيله للمشتري منه قبل كيله لنفسه لا يغني عن كيله اللهم إلا أن يحمل على أن كيله للمشتري منه وقع في غيبة ذلك المشتري أو يقال إن اللام في قوله «للمشتري منه» زائدة من تحريف النساخ وأصلها همزة الوصل. وأقول: المراد بالحضرة أعم من أن يراه أو لا. قال في القنية بعد ما رقم (مح): يشتري من الخباز خبزاً كذا مناً فيزنه وكفة سنجات ميزانه في دربنده فلا يراه المشتري أو من البائع كذا مناً فيزنه في حانوته ثم يخرجه إليه موزوناً لا يجب عليه إعادة الوزن، وكذا إذا لم يعرف عدد سنجاته. قال رضي الله تعال عنه: فعرف بهذا أنه إذا عرف المشتري وزن السنجات ورآها أن يكتفي بذلك خلاف ما دل عليه ظاهر نهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري اهـ. قوله: **(وكذا الحط)** أي لا يلتحق بأصل العقد وقوله «فلا يمكن إخراجه» أي إخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع؛ كذا في الحواشي السعدية.

قوله: **(لأن وصف الشيء يقوم به)** يعني أن الزيادة في الثمن والحط منه وصف له فتلتحق

....

في فساد الصرف بالحط أو الزيادة للربا كأنهما عقداه متفاضلاً ابتداء. ومنع أبو يوسف صحة الزيادة فيه والحط ولم يبطل البيع، ووافقه محمد في الزيادة وجوز الحط على أنه هبة مبتدأة؛ كذا في الخلاصة. ولم يذكر المصنف شرط صحة الزيادة في الثمن وشرط لها في الهداية بقاء المبيع فلا يصح بعد هلاك المبيع في ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً اهـ. بخلاف الزيادة في المبيع فإنها جائزة بعد هلاكه لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم؛ كذا في الخلاصة.

وفي الخلاصة أيضاً: وشرطها في الثمن من المشترين بقاء المبيع وكونه محلاً للمقابلة في حق المشتري حقيقة، ولو كانت جارية فأعتقها أو دبرها أو استولدها أو كاتبها أو باعها من غيره بعد القبض ثم زاد في الثمن لا يجوز، والمذكور في الكتاب قولهما وهما رويا عن أبي حنيفة أنه يجوز. ولو أجرها أو رهنها أو اشترى شاة فذبحها ثم زاد في الثمن جاز بخلاف ما إذا ماتت الشاة ثم زاد في الثمن فإنه لا يجوز لأنها لم تبق محلاً للبيع بخلاف الأول حيث قام الاسم والصورة وبعض المنافع، وجملة هذا في كتاب نظم الزندوستي قال: أحد عشر شيئاً إذا فعل المشتري ثم زاد في الثمن لا يصح: أولها إذا كانت حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو لحماً فجعله قلية أو سكباجة أو جعله إرباً إرباً أو كان عبداً فأعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولد الجارية أو قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه. الحادي عشر أو كانت جارية فماتت ولو فعل اثنتي عشر ثم زاد يجوز أولها المبيع لو كانت شاة فذبحها. وإن كان قطناً محلوجاً فندفه أو غير محلوج فحلجه أو كرباساً فخاطه خريطة من غير أن يقطعه أو حديداً فجعله سيفاً أو كانت جارية فرهنها أو أجرها أو كانت خرابة فبناها أو آجرها أو أجر الأرض ثم زاد في الثمن. ومنها إذا باعها ثم إن المشتري الثاني لقي البائع الأول فزاد في الثمن جاز. ومنها المزارع إذا زاد رب الأرض السدس في نصيبه والبذر منه قبل أن يستحصده جاز وبعده لا؛ الكل في النظم اهـ. وفي تلخيص الجامع من باب ما يمنع الزيادة في الثمن: تلحق العقد مغيراً وصفه لا أصله حذار اللغو كالخيار بعد ما زاد الأصل ولداً وار[1] وكذا قوله وتمامه فيه، ولو عبر

بالعقد لأن وصف الشيء الخ. وفي الحواشي السعدية أقول: الزيادة في المكيلات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فيما إذا كانت مبيعة. قوله: **(بخلاف حط الكل)** أي فلا يصح. قال في الحواشي السعدية: يعني بطريق الالتحاق وإلا فحط الكل صحيح بطريق البرّ والصلة بالاتفاق. قوله: **(وترك قيداً لا بد منه الخ)** قال الرملي: في حواشي المنح هكذا ذكر صاحب

---

(١) هكذا هذه العبارة بنصها في جميع النسخ التي بأيدينا ولينظر ما معناه فليتأمل اهـ مصححه.

....

باللزوم بدل الصحة لكان أولى لأنها لازمة حتى لو ندم المشتري بعد ما زاد يجبر إذا امتنع كما في الخلاصة. وأطلقها فشمل ما إذا كانت من جنس الثمن أو من غيره وما إذا كانت في مجلس العقد أو بعد مدة كما في الخلاصة. وترك قيداً لا بد منه وهو قبول البائع في المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت؛ كذا في الخلاصة. وأطلق فيمن زاد فشمل المشتري ووارثه فتصح الزيادة من الورثة كما تصح من العاقدين؛ كذا في الخلاصة. وهو شامل للزيادة في المبيع أيضاً لكن يرد عليه الزيادة من الأجنبي وحاصلها كما في الخلاصة معزياً إلى الجامع الكبير: لو زاد الأجنبي فإن زاد بأمر المشتري يجب على المشتري لا على الأجنبي كالصلح، وإن زاد بغير أمره فإنه أجازه المشتري لزمته، وإن لم يجز بطلت الزيادة. ولو كان حين زاد ضمن عن المشتري أو أضافها إلى مال نفسه لزمته الزيادة، ثم إن كان بأمر المشتري رجع وإلا فلا، وأما الحط فأنه جائز في جميع المواضع في موضع تجوز الزيادة وفي موضع لا تجوز اهـ. وأما الزيادة في المهر فشرطها بقاء المرأة فلو زاد فيه بعد موتها لم تصح، وأما الزيادة بعد طلاقها أو عتقها لو كانت أمة فقدمنا أحكامها في المهر، وأما الزيادة في الأجرة بعد استيفاء بعض المعقود عليه فغير صحيحة وتجوز الزيادة في العين والمدة؛ كذا في القنية. وأما الزيادة في الرهن فسيأتي أنها صحيحه في الرهن لا في الدين. وفي الخانية من كتاب المزارعة: لو زاد أحدهما في نصيب الآخر إن كان قبل إدراك الزرع جاز مطلقاً، وإن كان بعده جاز من الذي لا بذر له لأنه حط ولا يجوز ممن البذر منه لأنه زيادة وشرطها قيام السلعة اهـ.

قوله: **(والزيادة في المبيع)** أي وصحت ولزم البائع دفعها بشرط قبول المشتري وتلتحق أيضاً فيصير لها حصة من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء بهلاكها قبل القبض، وكذا إذا زاد في الثمن عرضاً كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشتري عرضاً قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد في ثلاثة؛ كذا في القنية. وقدمنا أنه لا يشترط فيها قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة في الثمن وقد ذكر الزيادة في المبيع ولم يذكر الحط وذكرهما في الثمن فظاهره عدم صحة الحط من المبيع. وصرح في المحيط بأن المبيع إن كان ديناً يصح الحط منه، وإن كان عيناً لم يصح الحط منه لأنه إسقاط وإسقاط العين لا يصح ا هـ. قيد

البحر فتبعه المصنف مع ظهور الاستغناء عنه إذ الزيادة تمليك للبائع فلا تدخل في ملكه بدون قبوله بخلاف الحط فإنه إبراء وهو لا يتوقف على القبول ولو رده ارتد كما يفهم من عباراتهم في هذا المحل تأمل.

قوله: **(أو أبرأه عن القبض كذا في منح الغفار أيضاً)** قال الرملي في حاشيته عليها هكذا رأيته

....

بالمبيع لأن الزيادة في الزوجة كما إذا زوّجه أمة فزاده أخرى لم يصح بخلاف الزيادة في المهر. وأطلق في الحط من الثمن فشمل ما إذا كان قبل قبضه أو بعده فإذا حط عنه بعد ما أوفاه الثمن أو أبرأه فقال في الذخيرة: لو ذهب بعض الثمن من المشتري قبل القبض أو أبرأه عن القبض فهو حط، وإن كان بعد القبض ثم حط البيع أو وهبه صح ووجب على البائع مثل ذلك للمشتري، ولو أبرأه عن البعض بعد القبض لا يصح وكان يجب أن لا تصح الهبة والحط بعد القبض أيضاً كالإبراء لأن المشتري قد برئ من الثمن بالإيفاء والهبة والحط لم يصادف ديناً قائماً في ذمة المشتري. والجواب أن الدين باقٍ في ذمة المشتري بعد القضاء لأنه لم يقض عين الواجب حتى لا يبقى في الذمة إنما قضى مثله فبقي ما في ذمته على حاله إلا أن المشتري لا يطالب به لأن له مثل ذلك على البائع بالقضاء، فلو طالب البائع المشتري بالثمن كان للمشتري أن يطالب البائع أيضاً فلا تفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه، فعلم أن الثمن باقٍ في ذمة المشتري بعد القضاء والهبة والحط صادف ديناً قائماً في ذمة المشتري بعد القضاء. وإنما لم يصح الإبراء لأن الإبراء على نوعين: براءة قبض واستيفاء وبراءة إسقاط. فإذا أطلق حمل على الأوّل لأنه أقل كأنه نص عليه وقال أبرأتك براءة قبض واستيفاء وفيه لا يرجع. ولو قال أبرأتك براءة إسقاط صح ووجب على البائع رد ما قبض من المشتري بخلاف الهبة والحط لا يتنوّع إلى نوعين وإنما هي اسقاط، وإذا وهب كل الدين أو حط أو أبرأه منه فهو على ما ذكرنا. هذا جملة ما أورده شيخ الإسلام في شرح كتاب الشفعة وفي شرح كتاب الرهن. وذكر شمس الأئمة السرخسي في الباب الثاني في شرح كتاب الرهن أن الإبراء المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح حتى يجب على البائع رد ما قبض من المشتري وسوى بين الإبراء والهبة والحط فيتأمل عند الفتوى. واختلفوا فيما إذا أبرأه ولم يعين أنها إسقاط أو استيفاء. فإن قلت: هل لبقاء الدين بعد ايفائه فائدة أخرى؟ قلت: نعم لو كان بالدين رهن ثم قضاه الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بالدين ووجب عليه رد المقبوض بخلاف ما لو أبرأه ثم هلك. قال الزيلعي في بابه: والفرق أن الإبراء يسقط به الدين أصلاً وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب للدين وقد كتبنا في الفوائد الفقهية من كتاب

في خطه وخط صاحب البحر وهو سبق قلم من صاحب البحر فتبعه المؤلف فيه، والصواب أو أبرأه عن البعض اهـ. قلت: وهكذا عبارة الذخيرة ونصها أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض. قوله: **(فيتأمل عند الفتوى)** هذا من عبارة الذخيرة وقوله «واختلفوا الخ» الأولى ذكره بالفاء ليكون بياناً لحاصل ما قدمه وهو أن الاختلاف في صورة عدم التعيين. قال في النهر: وعرف من هذا أنه لا خلاف في رجوع الدافع بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط وفي عدم رجوعه إذا أبرأه براءة استيفاء وأن الخلاف مع الإطلاق، وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل

والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله وتأجيل كل دين إلا القرض.

المدانيات له فائدتين أيضاً قوله: **(ويتعلق الاستحقاق بكله)** أي بكل ما وقع العقد عليه وبالزيادة فلا يطالب المشتري بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع حبسه حتى يقبضها، وإذا استحق المبيع رجع المشتري على بائعه بالكل، وإذا أجار المستحق استحق الكل، وإذا رد المبيع بعيب أو خيار شرط أو رؤية رجع المشتري على بائعه بالكل. وفي فتاوى قاضيخان من الشفعة: الوكيل بالبيع إذا باع الدار بألف ثم إن الوكيل حط عن المشتري مائة من الثمن صح حطه ويضمن قدر المحطوط للآمر ويبرأ المشتري عن المائة ويأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد ا هـ.

قوله: **(وتأجيل كل دين إلا القرض)** أي صح لأن الدين حقه فله أن يؤخره، سواء كان ثمن مبيع أو غيره تيسيراً على من عليه ألا ترى أنه يملك ابراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً. ولا بد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطلب التأخير فيكون حالاً؛ كذا ذكره الأسبيجابي. ويصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال رب الدين لمن عليه ألف حالة إن دفعت إلي غداً خمسمائة فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك إلى سنة فهو جائز؛ كذا في الذخيرة. وإنما لا يؤجل القرض لكونه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والوصي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، ومرادهم من الصحة اللزوم ومن عدم صحته في القرض عدم اللزوم. وأطلقه فشمل ما إذا أجله بعد الاستهلاك أو قبله هو الصحيح، وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم أو الدنانير المستهلكة إذا باستهلاكها لا تصير قرضاً، والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل

التعليق فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع ورجع عليها؛ كذا في الأشباه. قوله: **(فلا يطالب المشتري بالمبيع الخ)** أي لا يكون للمشتري أن يطالب البائع بالمبيع حتى يدفع المشتري له الزيادة وللبائع حبس المبيع حتى يقبضها من المشتري. هذا معنى هذه العبارة، ولا يخفى أن المراد بالزيادة فيها الزيادة في الثمن وقد تقدم ذلك والكلام الآن في الزيادة في المبيع. قوله: **(وهي حيلة تأجيل القرض)** قال في النهر: لكن في السراج قال أبو يوسف: إذا أقرض رجل رجلاً مالاً فكفل به رجل عنه إلى وقت كان على الكفيل إلى وقته وعلى المستقرض حالاً اهـ. وسيأتي في كتاب الكفالة ذكر المسألة أيضاً. ونقل المؤلف هناك عن التتارخانية معزياً إلى الذخيرة والغياثية ما يوافق ما في السراج، وذكر في أنفع الوسائل مثله عن عدة كتب وذكر أن هذه الحيلة لم يقل بها أحد غير الحصيري في التحرير وأنه إذا تعارض كلامه وحده مع كلام كل الأصحاب لا يفتي به. قوله: **(بل كذلك لا يصح تأجيل الدين في صورة الخ)** قال في النهر بعد ذكره لها: وظاهر كلامهم يعطي أن في هذه المسائل لا يصح التأجيل أصلاً لا أنه

....

المحال عليه فيلزم حينئذ؛ كذا في فتح القدير. وإذا لزم فإن كان للمحيل على المحال عليه دين فلا إشكال وإلا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلاً إليه. أشار في المحيط وفي الظهيرية القبض المجحود يجوز تأجيله. وفي القنية من كتاب المداينات: قضى القاضي بلزوم الأجل في القرض بعد ما ثبت عنده تأجيل القرض معتمداً على قول مالك وابن أبي ليلى يصح ويلزم الأجل. وفي تلخيص الجامع من كتاب الحوالة: لو كفل بالحال مؤجلاً تأخر عن الأصيل وإن كان قرضاً لأن الدين واحد وهي حيلة تأجيل القرض إذ يثبت ضمناً ما يمتنع قصداً كبيع الشرب والطريق، ولا يلزم ما أجل بعد الكفالة إذ موضوعها أن يضيف إلى اللازم بالكفالة إلا الدين حتى لو عكس تأخر عن الأصيل أيضا حذ والإبراء ا هـ. ولم يستثن المصنف رحمه الله تعالى من عدم صحة تأجيل القرض شيئاً واستثنى منه في الهداية ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصي ا هـ. ولا ينحصر في هذه الصورة بل كذلك إذا كان له قرض على إنسان فأوصى أن يؤجل سنة صح ولزم كما في القنية. وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن المستثنى لا ينحصر في القرض بل كذلك لا يصح تأجيل الدين في صور: الأولى لو مات المديون وحل المال فأجل الدائن وأرثه لم يصح لأن الدين في الذمة وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل؛ كذا في الخلاصة، وظاهره أنه في كل دين. وذكره في القنية في القرض. الثانية أجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح كما سيأتي فيها وهو مذكور في القنية.

وفي الخلاصة: بموت البائع لا يبطل الأجل ويبطل بموت المشتري. الثالثة تأجيل ثمن المبيع عند الإقالة لا يصح كما قدمناه عن القنية. والحاصل أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه: باطل وهو تأجيل بدلي الصرف والسلم، وصحيح غير لازم وهو القرض والدين بعد الموت وتأجيل الشفيع وثمن المبيع بعد الإقالة، ولازم فيما عدا ذلك. قال قاضيخان في فتاواه: المديون إذا قال برئت من الأجل أو لا حاجة لي في الأجل لهذا الدين لم يكن إبطالاً للأجل، ولو قال أبطلت الأجل أو قال تركته صار حالاً، والمديون إذا قضى الدين قبل حلول الأجل فاستحق المقبوض من القابض أو وجده زيوفاً فرده كان الدين عليه إلى أجله، ولو اشترى من مديونه شيئاً بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع لا يعود الأجل، ولو

يصح، ولا يلزم كما هو ظاهر ما في البحر إذ جعله ملحقاً بالفرض ثم قال: والحاصل أن تأجيل الديون على ثلاثة أوجه الخ. وقد علمت ما هو الواقع اهـ. قلت: الظاهر أن المراد بالباطل هنا ما لا يجوز فعله والمضي وبالصحيح ما يجوز. قوله: **(وفي الخلاصة وإبطال الأجل الخ)** أي إبطال الأجل

....

وجد بالمبيع عيباً فرده بقضاء عاد الأجل، ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين ا هـ. وفي الخلاصة: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد، ولو قال كلما دخل نجم ولم يؤد فالمال حال صح والمال يصير حالاً ا هـ. تتمة في مسائل القرض. قال في المحيط: ويجوز القرض فيما هو من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون والعددي المتقارب كالبيض والجوز لأن القرض مضمون بالمثل، ولا يجوز في غير المثلي لأنه لا يجب ديناً في الذمة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح، والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد، وفي القرض الجائز لا يتعين بل يرد المثل وإن كان قائماً. وعن أبي يوسف ليس له إعطاء غيره إلا برضاه وعارية ما جاز قرضه قرض وما لا يجوز قرضه عارية، ولا يجوز قرض جر نفعاً بأن أقرضه دراهم مكسرة بشرط رد صحيحة أو أقرضه طعاماً في مكان بشرط رده في مكان آخر، فإن قضاه أجود بلا شرط جاز ويجبر الدائن على قبول الأجود وقيل لا؛ كذا في المحيط. وفي الخلاصة: القرض بالشرط حرام والشرط ليس بلازم بأن يقرض على أن يكتب إلى بلد كذا حتى يوفي دينه ا هـ. وفي المحيط: ولا بأس بهدية من عليه القرض والأفضل أن يتورع إذا علم أنه إنما يعطيه لأجل القرض أو أشكل، فإن علم أنه يعطيه لا لأجل القرض بل لقرابة أو صداقة بينهما لا يتورع، وكذا لو كان المستقرض معروفاً بالجود والسخاء جاز. ولا يجوز قرض مملوك أو مكاتب درهماً فصاعداً لأن فيه معنى التبرع. ولو اشترى بقرض له عليه فلوساً جاز ويشترط قبضها في المجلس، ولو أمر المقرض المستقرض أن يصارف بماله عليه لم يجز عند أبي حنيفة خلافاً لهما وهي مسألة أسلم مالي عليك. ولو دفع المستقرض إلى المقرض دراهم ليصرفها بدنانير ويأخذ حقه منه فهو وكيل وأمين، فلو تلفت قبل أن يستوفي دينه لا يبطل دينه. وبيع الدين بالدين جائز إذا افترقا عن قبضهما

عن المديون يبطل إذا علق بشرط فاسد. وقوله «ولو قال الخ» تفريع على مفهوم هذا الأصل فإن الشرط غير فاسد فلذا صح إبطال الأجل ولم أر المسألة في هذا المحل من الخلاصة، ولعل صورته أن يقول المديون إن أعطيتني كذا فقد أبطلت الأجل. وانظر ما يأتي قبيل قوله «وما لا يبطل فالشرط آخر المتفرقات». قوله: **(ولا يجوز في غير المثلي)** أي قصداً. قال المؤلف أوائل فصل الفضولي: واستقراض غير المثلي جائز ضمناً وإن لم يجز قصداً ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب عليه قيمته اهـ. وتمامه في الزيلعي هناك. قوله: **(ويجبر الدائن على قبول الأجود وقيل لا)** صحح في الخانية الثانية فقال: لا يجبر على القبول كما لو دفع إليه أنقص مما عليه وإن قبل جاز كما لو أعطاه خلاف الجنس. وذكر في بعض الكتب أنه إذا أعطاه أجود مما عليه يجبر على القبول عندنا خلافاً لزفر، والصحيح هو الأول اهـ. قوله: **(ولو اشترى بقرض له عليه فلوساً جاز)** في لسان الحكام. وفي المحيط: رجل له على آخر فلوس أو طعام فاشترى ما عليه بدراهم أو دنانير وتفرقا قبل

....

في الصرف أو عن قبض أحدهما في غير الصرف. ولو اشترى المستقرض الكر القرض من المقرض جاز ويشترط قبض ثمنه في المجلس، فإن أدى الثمن فوجد بالكر عيباً رده أو

نقد الثمن كان العقد باطلاً. وقال العمادي: وهذا فصل يجب حفظه وكل الناس عنه غافلون. اهـ فتاوى الطوري. قوله: **(ولو اشترى المستقرض الكرّ القرض من المقرض جاز الخ)** قال الرملي: المراد بالكر الكر الدين الثابت بذمة المستقرض لا الكر العين لأنه لا يجوز شراؤه له لأنه ملكه كما سيأتي اهـ كلام الرملي. وأقول في الأشباه من أحكام الملك: اختلفوا في القرض هل يملكه المستقرض بالقبض أو بالتصرف؟ وفائدته ما في البزازية: باع المقرض من المستقرض الكر المستقرض الذي في يد المستقرض قبل الاستهلاك يجوز لأنه صار ملكاً للمستقرض، وعند الثاني لا يجوز لأنه لا يملك المستقرض قبل الاستهلاك اهـ. وليتأمل في مناسبة التعليل للحكم اهـ. قال الحموي: فإن الحكم بالعكس كما في الولوالجية والخانية وغيرهما. وسبب الإشكال أن «لا» سقطت من كلام الناسخ الأول من قوله «يجوز» حيث قال: باع المقرض من المستقرض قبل الاستهلاك يجوز والصواب «لا يجوز». وزاد في قوله «وعند الثاني لا يجوز والصواب يجوز» وبعد إصلاح عبارتها بإثبات «لا في» العبارة الأولى وإسقاطها من الثانية بقي التعليل مناسباً للحكم. اهـ كلام الحموي. قلت: وقد رأيت في نسختين من البزازية لا يجوز في الأول ويجوز في الثاني فلا إشكال. **هذا وقد نبه الرملي في عبارته** السابقة على شيء دقيق من لم يلاحظه يقع في الخبط **وهو أن بيع المقرض الكر من المستقرض تارة** يكون للكر الذي استقرضه بعينه، **وتارة يكون للذي في ذمته، فإن كان الأول فحكمه ما مر ولذا** قيده البزازي بقوله الكر الذي في يد المستقرض فلا يجوز بيعه إذا كان قائماً عندهما. قال في الذخيرة: لأن عندهما المستقرض يصير ملكاً للمستقرض بنفس القرض فيصير مشترياً ملك نفسه. أما على قول أبي يوسف فالكر المستقرض باقٍ على ملك المقرض فيصير المستقرض شارياً ملك غيره فيصح. قال: ولو كان المستقرض هو الذي باع الكر من المقرض جاز ذكر المسألة من غير ذكر خلاف وأنه ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد لأن المستقرض ملكه بنفس القرض عندهما فإنما باع ملك نفسه. واختلف المشايخ على قول أبي يوسف بعضهم قالوا يجوز لأنه على قوله وإن كان المستقرض لا يملكه بنفس القرض إلا أنه يملك التصرف فيه بيعاً وهبة واستهلاكاً فيصير متملكاً له، وبالبيع من المقرض صار متصرفاً فيه ومستهلكاً على نفسه ملكه وزال عن ملك المقرض فصح البيع منه. اهـ كلام الذخيرة. وإن كان الثاني فقد قال في الذخيرة أيضاً قال محمد: رجل أقرض رجلاً كراً من طعام وقبضه المستقرض، ثم إن المستقرض اشترى من المقرض الكر الطعام الذي له عليه بمائة دينار جاز لأن الكر القرض دين وجب على المستقرض لا بعقد الصرف ولا بعقد السلم وبيعه جائز. ثم إن محمداً لم يذكر أن الكر المستقرض قائم في يد المستقرض وقت الشراء أو مستهلك لجوازه مطلقاً، فإن كان مستهلكاً وقت الشراء فالجواز قول الكل لأنه يصير ملكاً للمستقرض بالاستهلاك ويجب مثله ديناً في ذمته بلا خلاف، فإذا اشترى الكر الذي عليه للمقرض فقد أضاف الشراء إلى ما هو موجود فيصح بلا خلاف، وإن قائماً فالجواب قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لأنه يصير مملوكاً بنفس القبض

. . . .

رجع بنقصان العيب، ولو اشترى ما عليه بكر مثله جاز إن كان عيناً ولا يجوز إن كان ديناً، فلو وجد بالمقروض عيباً لم يرجع بنقصان العيب. ولو اشترى المستقرض كر المقرض بعينه لم يجز لأنه ملكه إلا في رواية عن أبي يوسف. ولو باعه من المقرض جاز ولا ينفسخ القرض ا هـ.

وفي القنية من باب القروض: شراء الشيء اليسير بثمن غال إذا كان له حاجة إلى القرض يجوز ويكره. استقرض عشرة دراهم فأرسل عبده ليأخذها من المقرض فقال المقرض دفعته إليه وأقر العبد به وقال دفعتها إلى مولاي وأنكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له ولا شيء عليه، ولا يرجع المقرض على العبد لأنه أقر أنه قبضها بحق. استقراض الدقيق وزناً يجوز والاحتياط أن يبرئ كل صاحبه والجواز رواية عن أبي يوسف، ورواية الأصل بخلافه. استقراض الحنطة وزناً يجوز، وعنهما خلافه. بخاري استقرض من سمرقندي حنطة بسمرقند ليدفعها ببخاري ليس له المطالبة إلا بسمرقند، وفي استقراض السرقين اختلاف المشايخ بناء على أنه مثلي أو قيمي. واستقراض العجين في بلادنا وزناً يجوز لا جزافاً، ولم يتعرض لاستقراض الخميرة وينبغي الجواز من غير وزن، وسئل النبي ﷺ عن خميرة يتعاطاها الجيوان أيكون ربا؟ فقال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن عند الله وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح». أنفق من قصاب لحومً ولم يذكر أنه قرض أو شراء فذلك قرض فاسد يملكه

بحكم القرض عندهما. ويجب مثله ديناً في الذمة. أما على قول أبي يوسف ينبغي أن لا يجوز لأنه على قوله لا يصير ملكاً للمستقرض ما لم يستهلكه، ولا يجب مثله ديناً في الذمة قبله، وإن أضاف الشراء إلى الكر الذي في ذمته ولا كر في ذمته فقد أضافه إلى المعدوم فلا يجوز اهـ. قوله: **(ويشترط قبض بدله في المجلس)** قال في الذخيرة: فإن قبض المقرض الثمن من المستقرض قبل أن يتفرقا فالشراء ماضٍ على صحته لأن الافتراق حصل بعد قبض أحد البدلين حقيقة فيما ليس بصرف، وإن افترقا القبض انتقض البيع وعاد الكر ديناً في ذمة المستقرض لأن الافتراق حصل عن دين بدين. فإن قيل: ينبغي أن لا يبطل العقد لأن الكر في ذمة المستقرض في حكم المقبوض. والجواب أنه وإن كان في حكم المقبوض إِلا أنه دين حقيقة فالدراهم إذا لم تقبض فهو دين حقيقة وحكماً وكان الرجحان لجانب الدينية والعبرة للراجح اهـ. وتمامه فيها. قوله: **(فإن أدى الثمن الخ)** قال الرملي إنما كان له رده والرجوع بنقصان العيب لأنه شرى ما في ذمته ودفع له ثمنه على أنه سليم فبان معيباً فيرجع بنقصانه، وأما الكر المردود فليس هو المبيع بخلاف ما إذا اشتراه بكر مثله حيث لا يرجع بالنقصان لأنه يكون ربا إذ الربوي إذا بيع بجنسه فالشرط المساواة والزائد ربا مطلقاً سليماً كان أو معيباً فتأمل. قوله: **(يجوز ويكره)** قال في الذخيرة: ذكر الخصاف أن هذا جائز وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ فإنه روي أنه كان له سلع وكان إذا استقرض إنسان منه شيئاً كان يبيعه أولاً سلعة بثمن غالٍ ثم

باب الربا

فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال وعلته القدر والجنس وحرم الفضل والنساء

بالقبض ولا يحل أكله القرض الفاسد يفيد عند القبض الملك يعطيه مديونه حنطة ينفقها ويحسبانها فله أنفاقها وتكون قرضاً. والدبس من ذوات القيم فينبغي أن لا يجوز استقراضه. عشرون رجلاً جاؤوا واستقرضوا من رجل وامروه أن يدفع الدراهم إلى واحد منهم فدفع ليس له أن يطلب منه إلا حصته، وحصل بهذا رواية مسألة أخرى أن التوكيل بقبض القرض يصح وإن لم يصح التوكيل بالاستقراض ا هـ. والله أعلم.

باب الربا

وجه مناسبته للمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه حرام والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه. والربا بكسر الراء وفتحها خطأ. وفي المصباح: الربا بالفضل والزيادة وهو مقصور على الأشهر، ويثني ربوان بالواو على الأصل وقد يقال ربيان على التخفيف، وينسب إليه على لفظه فيقال ربوي؛ قاله أبو عبيد وغيره. وزاد المطرزي فقال: الفتح في النسبة خطأ ا هـ. **وليس المراد مطلق الفضل بالإجماع فإن فتح الأسواق في سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح وإنما المراد فضل مخصوص. فلذلك عرفه شرعاً بقوله: (فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال)** أي فضل أحد المتجانسين على الآخر بالعيار الشرعي أي الكيل والوزن ففضل قفيزي شعير على قفيزي بر لا يكون رباً، وكذا فضل عشرة أذرع من ثوب هروي على خمسة منه. وقيد بقوله «بلا عوض» أي خال عنه ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فإن للثاني فضلاً على الأول لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس إلى خلاف جنسه. وقيد بالمعاوضة لأن الفضل الخالي عن العوض الذي في الهبة ليس بربا. وترك المصنف قيداً لا بد منه أن يكون الفضل

نقد منه بعض الدنانير إلى تمام حاجته، وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهون ذلك وكانوا يقولون هذا قرض جر منفعة. ومن المشايخ من قال: إن كلنا في مجلس واحد كره وإلا لا بأس به. وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف ومحمد بن سلمة ويقول: هذا ليس بقرض منفعة هذا بيع جر منفعة وهي القرض. اهـ ملخصاً. وسيذكر المؤلف قبيل قوله «وعلته القدر والجنس» زياد على ما ذكره هنا

باب الربا

قوله: **(ففضل قفيزي شعير الخ)** تفريع على قوله أحد المتجانسين. وقوله «وكذا فضل عشرة أذرع» تفريع على قوله «بالعيار الشرعي» فإن الذرع ليس منه. قوله: **(وترك المصنف قيداً لا بد منه**

....

الخالي مشروطاً في العقد لأحد المتعاقدين. وقد قيده به في الوقاية وقال شارحها: إنما قيد به لأنه لو شرط لغيرهما لا يكون ربا. وفي البناية قال علماؤنا: هو بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقدين خالٍ عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد، وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا. وفي الذخيرة من كتاب المداينات من الفصل الثاني عشر في المتفرقات قال محمد: إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فزاد عليها دانقاً فوهبه دانقاً ولم يدخله في البيع إن لم يكن مشروطاً في الشراء لا يفسد الشراء لأنه إذا وهب الدانق منه انعدم الربا قالوا: إنما تصح هبة الدانق إذا كانت الدراهم بحيث يضرها الكسر لأنها حينئذ هبة مشاع فيما لا يحتمل القسمة اهـ. وفي جمع العلوم: الربا شرعاً عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن فيه زيادة لأن بيع الدرهم بالدرهم نسيئة ربا وإن لم يتحقق فيه زيادة ا هـ. ولا يرد على المصنف ما في جمع العلوم من ربا النسيئة لأن فيه فضلاً حكمياً والفضل في عبارته أعم منه ومن الحقيقي، وظاهر ما في جمع العلوم وغيره أن المشتري يملك الدرهم

الخ) عبارة ابن الكمال خالٍ عن عوض شرط في أحد البدلين. قال في شرحه: فلو وجد الفضل في أحد البدلين ولم يكن مشروطاً في العقد أو كان مشروطاً فيه ولم يكن في أحد البدلين بأن يكون لغير البائع والمشتري لا يكون ربا. وإنما قال في أحد البدلين ولم يقل لأحد العاقدين لأن العاقد قد يكون وكيلاً وقد يكون فضولياً والمعتبر كون الفضل للبائع أو للمشتري اهـ. تأمل. قوله: **(وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا)** هذا التعميم غير ظاهر لأن من البيوع الفاسدة ما سكت فيه عن الثمن وبيع عرض بخمر أو بأم ولد فتجب القيمة ويملك بالقبض، وكذا بيع جذع في سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض، وبيع ثوب من ثوبين والبيع إلى النيروز ونحو ذلك مما سبب الفساد فيه الجهالة أو الضرر أو نحو ذلك. نعم يظهر ذلك في البيع الفاسد بسبب شرط فيه نفع لأحد العاقدين مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ويؤيد ذلك ما ذكره الزيلعي قبيل باب الصرف في بحث ما يبطل بالشرط الفاسد حيث قال: والأصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لا ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه اهـ. ملخصاً. قوله: **(ولا يرد على المصنف ما في جمع العلوم الخ)** ههنا كلام وهو أن التعريف لا يصدق على ربا النسيئة. أما أولاً فلأن في صورة زيادة أحد البدلين الغير الحاضر على الآخر الحاضر فضل لكن غير خال عن العوض لأن نقدية الحاضر عوض لفضل غير الحاضر إلا أن يقال: إن الشرع لم يعتبرها عوضاً والمراد العوض الشرعي وأما ثانياً فلأن ربا النسيئة قد يتحقق مع التساوي بالمعيار الشرعي على ما سيجيء آنفاً إلا أن يقال: إن المقصود تعريف الربا الحقيقي المتبادر عند الإطلاق وإنما هو ربا الفضل فلا بأس بخروج ما ذكر عن التعريف كما لا يخفى فتدبر يعقوبية.

....

الزائد إذا قبضه فيما إذا اشترى درهمين بدرهم فإنهم جعلوه من قبيل الفاسد، وهكذا صرح به الأصوليون في بحث النهي فقالوا: إن الربا وسائر البيوع الفاسدة من قبيل ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

وفي كتاب المداينات من القنية قال أستاذنا: وقعت واقعة في زماننا أن رجلاً كان يشتري الذهب الرديء زماناً الدينار بخمسة دوانق ثم تنبه فاستحل منهم فأبرؤوه عما بقي لهم عليه حال كون ذلك مستهلكاً فكتبت أنا وغيري أنه يبرأ. أو كتب ركن الدين الزانجاوي الإبراء لا يعمل في الربا لأن رده لحق الشرع وقال: أجاب به نجم الأئمة الحكيمي معللاً بهذا التعليل وقال: هكذا سمعته عن ظهير الدين المرغيناني. قال رضي الله عنه: فقرب من ظني أن الجواب كذلك مع تردد فكنت أطلب الفتوى لأمحو جوابي عنه فعرضت هذه المسألة على علاء الدين الحناطي فأجاب أنه يبرأ إذا كان الإبراء بعد الهلاك وغضب من جواب غيره أنه لا يبرأ فازداد ظني بصحة جوابي ولم أمحه، ويدل على صحته ما ذكره البزدوي في غناء الفقهاء من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك العوض فيها بالقبض. قلت: فإذا كان فضل الربا مملوكاً للقابض بالقبض فإذا استهلكه على ملكه ضمن مثله، فلو لم يصح الابراء ورد مثله يكون ذلك رد ضمان ما استهلكه لا رد عين ما استهلك، ويرد ضمان ما استهلك لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيداً للملك في فضل الربا فلم يكن في رده فائدة

قوله: **(ورد مثله)** معطوف على قوله «لو لم يصح الإبراء» لا على الإبراء فهو فعل ماضٍ ومثله مفعوله. قوله: **(فيجب ذلك حقاً لله تعالى)** بنصب «يجب» بأن مضمرة بعد الفاء في جواب النفي وفي بعض النسخ «ليجب» باللام وفي بعضها «فكيف يجب». قوله: **(وإنما الذي يجب حقاً للشرع الخ)** قال بعض الفضلاء: قد علمت أن العقد المذكور تعلق بسببه حقان: حق العبد وهو رد عينه إن كان باقياً ورد ضمانه إن مستهلكاً، وحق الشرع وهو رد عينه بنقض العقد السابق المنهي عنه شرعاً، وإبراء العبد إنما يكون فيما يملكه وهو الدين الثابت في الذمة، ولا شك في براءته عنه لأن المالك قد أبرأه منه، وأما فيما لا يملكه وهو حق الشرع فلا عمل لإبرائه فيه لأنه ليس حقاً له وقد تعذر بعدم التصور بعد الهلاك، وكلام ركن الدين مفروض فيه ألا تراه علل بقوله «لأن رده لحق الشرع» وما ذكره البزدوي صريح في أن الثابت في الذمة وهو ضمانه قابل للإبراء فالواجب القطع بأن الضمان الثابت بالاستهلاك في الذمة يقع الإبراء عنه، وأما حق الشرع فلصاحبه لا دخل للعبد فيه فكيف يقول بإبرائه تأمل. وقد قدم قبل هذه الورقة بسبع ورقات الإبراء العام في ضمن عقد فاسد لا يمنع الدعوى؛ كذا في دعوى البزازية. وقد ذكرنا بعد هذا أن الإبراء عن الربا لا يصح فتسمع الدعوى به وتقبل البينة اهـ. كلام شيخ شيخنا السيد الحموي في حاشية الأشباه. أقول: لا يخفى عليك أن الحادثة كانت في الإبراء بعد الاستهلاك وليس هذا إلا في حق العبد كما قرره، فحمل

....

نقض عقد الربا فيجب ذلك حقاً لله تعالى، وإنما الذي يجب حقاً للشرع رد عين الربا إن كان قائماً لا رد ضمانه؛ انتهى ما في القنية. وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فآيات منها ﴿وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] والمراد به فيها الفضل وهو الزيادة ليتعلق التحريم به لأن الأحكام لا تتعلق إلا بفعل المكلفين. ومنها ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] والمراد منه فيها نفس الزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه. وفي المعراج: ذكر الله لآكل الربا خمس عقوبات: أحدها التخبط قال تعالى ﴿لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾ [البقرة: ٢٧٥] قيل في معناه تنتفخ بطنه يوم القيامة فيصير لا تحمله قدماه فيصير كلما قام سقط بمنزلة من أصابه المس، ويؤيده الحديث «يملأ بطنه ناراً بقدر ما أكل من الربا» والمراد به الافتضاح على رؤوس الاشهاد كما في حديث آخر «ينصب لواء يوم القيامة لآكلي الربا فيجتمعون تحته ثم يساقون إلى النار» والثاني المحق قال الله تعالى ﴿يمحق الله الربا﴾ [البقرة: ٢٧٦] والمراد الهلاك والاستئصال، وقيل ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده من بعده. والثالث الحرب قال الله تعالى ﴿فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾ [البقرة: ٢٧٩] المعنى في القراءة بالمد اعلموا الناس يا أكلة الربا أنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع الطريق، وفي قراءة بغير المد أي اعلموا أن أكلة الربا حرب لله. الرابع الكفر قال الله تعالى ﴿وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين﴾ [البقرة: ٢٧٨] وقال ﴿والله لا يحب كل كفار أثيم﴾ أي كفار باستحلال الربا والخامس الخلود في النار قال تعالى ﴿ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢٧٥] يؤيده قوله ﷺ «كل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل ومن نبت لحمه من الحرام فالنار أولى به» والمقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو ربا ولهذا قيل لمحمد: لا تصنف في الزهد شيئاً؟ قال: صنفت كتاب البيوع وليس الزهد إلا اجتناب الحرام والرغبة في الحلال؛ كذا في المبسوط. وأما السنة فأكثر من أن تحصى قال الإمام الأسبيجابي: اتفقوا على أنه إذا أنكر ربا النساء يكفر وفي ربا الفضل في القدر اختلاف فإن ابن عباس رضي الله تعالى عنه لا يرى الربا إلا في النسيئة للحديث «إنما الربا في النسيئة» وكلمة «إنما» للحصر إلا أن عامة الصحابة احتجوا بأحاديث. والجواب عن تعلق ابن عباس أنه منصرف إلى ما ليس بمكيل ولا موزون لقوله آخره إلا ما كيل أو وزن على أن ابن عباس رجع عن هذا القول، فإن لم يثبت رجوعه فاجماع التابعين به يرفعه اهـ. ما في المعراج. وفي الخلاصة: لو قضى بجواز بيع الدرهم بالدرهمين يداً بيد بأعيانهما أخذاً

كلام ركن الدين على معنى أنه لا يصح للإبراء عن الربا نفسه وإن صح في ذاته لكنه لا يناسب الحادثة المسؤول عنها فلا ينبغي حمله على ذلك فتدبر. قوله: **(لا رد ضمانه)** يعني حقاً للشرع وأما

....

بقول ابن عباس لا ينفذ وإن كان مختلفاً بين الصحابة لأنه لا يعلم أن أحداً من الصحابة وافقه فكان مهجوراً اهـ. وفي القنية من الكراهية: لا بأس بالبيوع التي يفعلها الناس للتحرز عن الربا. ثم رقم آخر هي مكروهة ذكر البقالي الكراهة عن محمد وعندهما لا بأس به. قال الزرنجري: خلاف محمد في العقد بعد القرض أما إذا باع ثم دفع الدراهم لا بأس بالاتفاق اهـ. وفي القنية من الكراهية: يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح اهـ. وفي الخلاصة معزياً إلى النوازل: رجل له على آخر عشرة دراهم فأراد أن يؤجلها إلى سنة ويأخذ منه ثلاثة عشر فالحيلة أن يشتري منه بتلك العشرة متاعاً ويقبض المتاع منه وقيمة المتاع عشرة ثم يبيع المتاع منه بثلاثة عشر إلى سنة اهـ.

قوله: **(وعلته القدر والجنس)** أي علة الربا أي وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربا؛ هكذا فسره السغناقي في شرح الاخسيكتي في الأصول وذكره في الكافي سؤالاً وجواباً. وفي فتح القدير: أي علة تحريم الزيادة اهـ. وفي المعراج: أي علة حرمة الربا ووجوب المساواة. والعلة في اللغة المرض الشاغل والجمع علل وأعله الله فهو معلول، واعتل إذا مرض، واعتل إذا تمسك بحجه، وأعله بكلمة جعله ذا علة ومنه إعلالات الفقهاء واعتلالهم اهـ. وأما في الأصول فقالوا: إنها في اللغة هي المغير ومنه سمي المرض علة لأنه بحلوله يتغير حال المحل عن وصف القوة إلى وصف الضعف، ولذا سمي الجرح علة لأنه بحلوله بالمجروح يتغير حكم الحال. وفي الاصطلاح ما يضاف إليه ثبوت الحكم بلا واسطة. فخرج الشرط لأنه لا يضاف إليه ثبوته والسبب والعلاقة وعلة العلة لأنها بالواسطة، وهذا التعريف شامل للعلل الموضوعة كالبيع والنكاح اهـ. وللمستنبطة كالعلل المؤثرة في القياسات. والمراد بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون فانحصر المعرف للحكم فيهما، والتعبير بالقدر أخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الذرع والعد وليسا من أموال الربا؛ كذا في فتح القدير. ولكن بعد ما وضعوا القدر بإزاء الكيل والوزن كيف يشمل غيرهما. والجنس في اللغة الضرب من كل شيء والجمع أجناس وهو أعم من النوع فالحيوان جنس والإنسان نوع، وحكي عن الخليل هذا يجانس هذا أي يشاكله ونص عليه في التهذيب أيضاً. وعن بعضهم فلان لا يجانس الناس إذا لم يكن له تمييز ولا عقل. والأصمعي ينكر هذين الاستعمالين ويقول: هو كلام المولدين وليس بعربي؛ كذا في المصباح. وفي فتح القدير: واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا لأن أفراد كل منهما في الحديث يدل على ذلك، والثوب الهروي والمروي

رده حقاً للعبد فواجب سيد حموي. قوله: **(ولكن بعدما وضعوا الخ)** قال في النهر: أنت خبير بأن

....

ـ بسكون الراء ـ جنسان لاختلاف الصنعة وقيام الثوب بها، وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد اللامتي والطالقاني والتمر كله جنس واحد، والحديد والرصاص والشبه أجناس، وكذا غزل الصوف والشعر واللحم الضاني والمعزي والبقري والألية واللحم وشحم البطن أجناس، ودهن البنفسج والخيري جنسان والأدهان المختلفة أصولها أجناس، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة ا هـ.

وفي المعراج: القدر عبارة عن العيار والجنس عبارة عن مشاكلة المعاني ا هـ. والأصل في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله ﷺ «الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح والذهب بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد» وفيه روايتان بالرفع الحنطة أي بيع الحنطة مثل وينصب على الحال. وكذلك روي الرفع والنصب في «يداً بيد» فالرفع عطف على الخبر أي مثل ومقبوضة، والنصب على الحال بتأويله بالمشتق متناجزين. وهذا الحديث لشهرته ظن بعض العلماء أنه متواتر وليس كذلك لأنه لا يصدق عليه حده. وقال الجصاص: إنه يقرب من المتواتر لكثرة رواته وهو مروي عن ستة عشرة صحابياً. عمر وعبادة بن الصامت وأبو سعيد الخدري وسارية بن أبي سفيان وبلال وأبو هريرة ومعمر بن عبد الله وأبو بكر وعثمان وهشام بن عامر والبراء وزيد بن أرقم وخالد بن عبيد وأبو بكرة وابن عمر وأبو الدرداء رضي الله تعالى عنهم. وقد أطال الكلام في بيانه في البناية ثم قال آخراً: وليس في الأحاديث المذكورة البداءة بالحنطة وإنما هي مذكورة في أثنائه، ولكنه ذكره في المبسوط عن محمد عن أبي حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري بادئاً بالحنطة ا هـ. والحكم معلول بإجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه. وعند الشافعي الطعم في المطعومات، والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة، وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان والثمنية لبقاء الأخوال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً، والحكم قد يدور مع الشرط. ولنا أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوي أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم به، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق كما قدمناه، ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً أو لأن في اعتباره سد باب

هذا في حيز المنع غاية الأمر أنهم أرادوا هذا المعنى من اللفظ وهذا لا يفيد عدم شموله لغيره وضعاً، نعم في الحواشي السعدية يمكن أن يقال الألف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن. قوله:

بهما والنساء فقط بأحدهما وحلا بعدمهما وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح

البياعات أو لقوله عليه الصلاة والسلام «جيدها ورديئها سواء» والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فلا يعتبر بما ذكره؛ كذا في الهداية قوله: **(وحرم الفضل والنساء بهما)** أي بالقدر والجنس لوجود العلة بتمامها والفضل الزيادة والنساء بالمد التأخير، ولم يذكره في المصباح وإنما ذكر النسيء فقال: والنسيء مهموز على فعيل ويجوز الإدغام لأنه زائد وهو التأخير. والنسيئة على فعليه مثله وهما اسمان من نسأ الله أجله من باب نفع وأنسأه الله بألف إذا أخره ا هـ. وفي البناية: النَّساء بفتح النون والمد البيع إلى أجل وفي فتح القدير أنه بالمد لا غير.

قوله: **(والنساء فقط بأحدهما)** أي وحرم التأخير لا الفضل بوجود القدر فقط والجنس فقط وله صورتان: إحداهما باع حنطة بشعير متفاضلاً صح لا نسيئة. الثانية باع ثوباً مروياً بمرويين جاز حاضراً، ولو باع عبداً بعبد إلى أجل لا يجوز لوجود الجنس. وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النَّساء لأنه لا يثبت بالتأخير إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل جائز فالشبهة أولى. ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر أو إلى الجنس والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فيتحقق شبهة الرب وهي مانعة عن الجواز كالحقيقة؛ كذا في الهداية. قال مولانا الأكمل: فيه بحث من وجهين: أحدهما ما قيل إن كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون الشبهة أوجبت فضلاً شبهة فصارت شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. والثاني أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة، والأول ممنوع، والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك. والجواب عن الأول أن الشبهة الأولى في المحل، والثانية في الحكم، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة، ولشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. وعن الثاني أن القسمة غير حاضرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة إذا وجدت العلة بكمالها ا هـ. واستدل بعضهم لمذهبنا بنهيه عليه السلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة رواه أبو داود. وقال الترمذي: إنه حديث حسن صحيح. قال: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم وتمامه في البناية. وأورد أنه بعض العلة فلا يثبت به الحكم. وأجيب بأنه علة تامة لحرمة النساء وإن كان بعض علة الحرمة الفضل فلا يؤدي إلى توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة؛ كذا في المعراج. وأورد أيضاً أن ظاهر قول المصنف «والنساء فقط بأحدهما» يمنع جواز إسلام النقود في الزعفران أو القطن لوجود القدر وهو الوزن مع أنه جائز. فأجاب عنه في الهداية بأنهما لا يتفقان في صفة الوزن، أما إذا اختلفا في المعنى فيجوز لأن النقود توزن بالصنجات والزعفران بالأمناء

(ولو باع عبداً بعبد الخ) اعترضه بعض الفضلاء بأن علة الحكم هنا عدم قبول العبد التأجيل لا وجود الجنسية فلو مثل ببيع هروي بمثله لكان أولى اهـ. وهو مناقشة في المثال والمقصود منه التوضيح على

....

فنقول: الدراهم مع الزعفران وإن اتفقا في الوزن صورة فقد اختلفا فيما يوزن به صورة ومعنى وحكماً فيجوز التأخير، أما الاختلاف الصوري فما بيناه. وأما الاختلاف في المعنى فلأن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين، وأما الاختلاف في الأحكام فيجوز التصرف في النقود قبل قبضها بخلاف المثمن فلم يجمعهما القدر من كل وجه فنزلت الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة فإن الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة، وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكأن ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. والصنَجات بتحريك النون جمع صنجة. وعن ابن السكيت لا يقال بالسين وإنما يقال بالصاد. وفي المغرب: الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين. وعن الفراء بالسين أفصح، وأنكر القتبي السين أصلاً.

وفي فتح القدير: الوجه أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما ذكرناه، ويلحق به تأثير الكيل أو الوزن بانفراده ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالإجماع كي لا ينسد أكثر أبواب السلم، وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز إسلامه في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام الحديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنياً بالصنعة إلا في الذهب والفضة، فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا بالحديث لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً، ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس. وكذا يجوز بيع أناء من غير النقدين بمثله من جنسه يداً بيد نحاساً كان أو حديداً وإن كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيها ربا الفضل وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة، وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن. أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية. وهل يجوز بيعاً؟ قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بثمن مؤجل، وإن كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز. وقال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعاً بثمن مؤجل ا هـ. وأما إسلام الفلوس في الموزون ففي فتح القدير: مقتضى ما ذكروه أن لا يجوز في زماننا لأنها وزنية ا هـ. وذكر

أنه لا مانع من كون الجنسية فيه علة أيضاً ويدل عليه الاستدلال له بالحديث الآتي قريباً تأمل. قوله: **(وحقيقة الفضل جائز)** كما لو باع مروياً بمرويين حاضراً.

قوله: **(وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين الخ)** سيذكر عن الخانية قبيل قوله «والفلس بالفلسين» ما يفيد تقييده بما إذا كان ذلك الإناء لا يباع وزناً ولا تعتبر المساواة في الوزن. قوله: **(بخلافه من الذهب أو الفضة)** أي بخلاف بيع الإناء من الذهب أو الفضة بمثله من جنسه يداً بيد وأحدهما أثقل. قوله: **(وأما إسلام الفلوس في الموزون الخ)** قال في النهر أقول: ينبغي أن يقال إن

والموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل بجنسه متساوياً لا متفاضلاً وجيده كرديئه ويعتبر

الأسبيجابي جوازه قال: لأنها عددية بخلاف ما إذا أسلم فلوساً في فلوس فإنه لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ا هـ. والواقع في زماننا وزنها بدار الضرب فقط، وأما التعامل في الأسواق فبالعد قوله: **(وحلا بعدمهما)** أي حل الفضل والنساء عند انعدام القدر والجنس فيجوز بيع ثوب هروي بمروييين نسيئة، والجوز بالبيض نسيئة لعدم العلة المحرم وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا تثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلي، وإذا عدم سبب الحرمة والأصل في البيع مطلقاً الإباحة كان الثابت الحل.

قوله: **(وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل بجنسه متساوياً لا متفاضلاً)** فالبر والشعير والتمر والملح مكيلة أبداً النص رسول الله ﷺ عليها فلا يتغير أبداً فيشترط التساوي بالكيل، ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزناً لا كيلاً لم يجز، والذهب والفضة موزونة أبداً للنص على وزنهما فلا بد من التساوي في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزناً لم يجز، وكذا الفضة بالفضة لأن طاعة رسول الله ﷺ واجبة علينا لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة على جواز الحكم، وعن أبي يوسف اعتبارها على خلاف النص لأن النص عليه في ذلك الوقت إنما كان للعادة فكانت هي المنظور إليها في ذلك الوقت وقد تبدلت. وأما الإسلام في الحنطة وزناً ففيه روايتان، والفتوى على الجواز لأن الشرط كونه معلوماً. وفي الكافي: الفتوى على عادة الناس. والرطل بكسر الراء وفتحها قال الجوهري: إنه نصف منٍ وهو ما

كانت كاسدة لا يجوز لأنها وزنية حينئذ وعليه يحمل ما في الفتح، وإن كانت رائجة يجوز لأنهم في هذه الحالة أجروها مجرى النقود حتى أوجبوا الزكاة فيها وعليه يحمل ما في الاسبيجابي وهذا يجب أن يعول عليه. قوله: **(وعن أبي يوسف اعتبارها الخ)** قال في النهر قال في الحواشي السعدية: وعلى هذا فاستقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنياً على هذه الرواية اهـ. أي بيعه بمثله وزناً وظاهر ما في الفتح يفيد ترجيحها اهـ. وقوله «أي بيعه بمثله» تقييد احترز به عن بيعه بالدراهم مثلاً فإنه جائز وزناً. قال في الذخيرة وقال شيخ الإسلام: أجمعوا على أن ما ثبت كيله بالنص إذا بيع وزناً بالدراهم يجوز، وكذلك ما ثبت وزنه بالنص اهـ. وقوله «وظاهر ما في الفتح الخ» أي حيث انتصر لأبي يوسف ورد ما أورد على تعليله. قوله: **(وأما الإسلام في الحنطة وزناً الخ)** قال في النهر: ثم مقتضى ما قالا امتناع السلم في الحنطة وزناً وهو رواية الحسن عن أصحابنا، واختار الطحاوي الجواز لأن المسلم فيه معلوم وعليه الفتوى. وقوله في

....

يوزن به. وفي النهاية أنه اثنا عشر أوقية. وقال أبو عبيدة: الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهماً ووزن سبعة. وفي المغرب: الرطل ما يوزن به أو يكال به. وفي فتح القدير: ثم الرطل والأوقية تختلف فيهما عرف الأمصار وتختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية ثلثمائة درهم واثنا عشر درهماً كل عشرة وزن سبعة، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهماً، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله، وفي حلب أكثر من ذلك. وتفسير أبي عبيدة له تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ا هـ. وفسر في الهداية ما ينسب إلى الرطل بما يباع بالأواقي، وفسره قاضيخان أيضاً فقال: وتفسيره أن ما يباع بالأواقي فهو وزني لأنها قدرت بطريق الوزن وصارت وزنية، أما سائر المكاييل ما قدرت بالوزن فلا يكون وزنياً ا هـ. حتى يحسب ما يباع وزناً، وهذا لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء والصنجات لعدم الاستمساك إلا في وعاء وفي وزن كل وعاء نوع حرج فاتخذ الرطل لذلك. والأواقي جمع أوقية بالتشديد وهي أربعون درهماً، والمراد بها هنا مواعين معلومات الوزن. قال في الهداية: فإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوزه ولو كان سواء بسواء لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة. وفي التبيين: وهذا مشكل لأن الشيئين إذا تسوياً في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر ولا تأثير لكون الكيل معلوماً أو مجهولاً في ذلك إذ لا يختلف ثقله فيهما، وفي النهاية قال الأسبيجابي: فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلاً في الكيل متساوياً في الوزن يجوز وهذا أحسن وهو قياس الموزونات فإنه لا يعتبر فيه إلا الوزن غير أنه يؤدي إلى أنه لا يجوز بالأواقي أيضاً إذا لا فرق بين كيل وكيل على ما بيناه، ولا يندفع هذا الإشكال إلا إذا منع الجواز في الكيل ا هـ.

قوله: **(وجيده كرديئه)** أي جيد ما جعل فيه الربا كرديئه حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لقوله عليه السلام «جيدها ورديئها سواء». وفي النهاية أنه غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري أو لأن الوصف لا يعد تفاوتاً عرفاً أو لأن في اعتباره سد باب البياعات. قيد بمال الربا لأن الجودة معتبرة في حقوق العباد فإذا أتلف جيداً لزمه مثله قدراً وجودة إن كان مثلياً، وقيمته جيداً إن كان قيمياً، ولكن لا تستحق بإطلاق

الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلاً وأسلم وزناً لا يجوز، ولا ينبغي ذلك بل إذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع؛ كذا في الفتح. قوله: **(وفسر في الهداية ما ينسب إلى الرطل الخ)** قال الرملي: فعلى هذا الزيت والسمن والعسل ونحوها موزونات وإن كيلت بالمواعين لاعتبار الوزن فيها. قوله: **(والمراد بها هنا مواعين الخ)** نظيره في عرفنا الحقاق التي يباع بها الزيت فإن الحق اسم لما يسع وزناً معلوماً فيكال الزيت

التعيين دون التقابض في غير الصرف من الربويات وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة

عقد البيع حتى لو اشترى حنطة أو شيئاً فوجده رديئاً بلا عيب لا يرده كما في المحيط من الصرف وقدمناه في خيار العيب. وتعتبر في الأموال الربوية في مال اليتيم فلا يجوز للوصي بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز رديء، وينبغي أن تعتبر في مال الوقف لأنه كاليتيم وقد كتبنا في الفوائد أنها معتبرة في أربعة: هذان، وفي حق المريض حتى تنفذ من الثلث، وفي الرهن القلب إذا انكسر عند المرتهن ونقصت قيمته فإن المرتهن يضمن قيمته ذهباً ويكون رهناً عنده
قوله: **(ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف من الربويات)** لأنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كغير مال الربا لحصول المقصود وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لعدم تعينه إلا بالقبض فاشترط فيه ليتعين. والمراد باليد في الحديث التعيين وهو في النقدين بالقبض، وفي غيرهما بالتعيين فلم يلزم الجمع بين معنيين مختلفين وإنما اشترط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وبيانه كما ذكره الأسبيجابي بقوله: وإذا تبايعا كيلياً بكيلي أو وزنياً بوزني كلاهما من جنس واحد أو من جنسين مختلفين فإن البيع لا يجوز حتى يكون كلاهما عيناً أضيف إليه العقد وهو حاضر أو غائب بعد أن يكون موجوداً في ملكه، والتقابض قبل الافتراق بالأبدان ليس بشرط لجوازه إلا في الذهب والفضة. ولو كان أحدهما عيناً أضيف إليه العقد والآخر ديناً موصوفاً في الذمة فإنه ينظر؛ إن جعل الدين منهما ثمناً والعين مبيعاً جاز البيع بشرط أن يتعين الدين منهما قبل التفرق بالأبدان، وإن جعل الدين منهما مبيعاً لا يجوز وإن أحضره في المجلس. والذي ذكر فيه الباء ثمن وما لم يذكر فيه الباء مبيع وبيانه: إذا قال بعت هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة جيدة أو قال بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز من شعير جيد فالبيع جائز لأنه جعل العين منهما مبيعاً والدين الموصوف ثمناً ولكن قبض الدين منهما قبل التفرق بالأبدان شرط لأن من شروط جواز هذا البيع أن يحصل الافتراق عن عين بعين، وما كان ديناً لا يتعين إلا بالقبض، ولو قبض الدين منهما ثم تفرقا جاز البيع قبض العين منهما أو لم يقبض، ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشتريت منك قفيزي شعير جيد بهذا القفيز من الحنطة فإنه لا يجوز وإن أحضر الدين في المجلس لأنه جعل الدين مبيعاً فصار بائعاً ما ليس عنده وهو لا يجوز اهـ.

بالحقاق ويحسب بالأرطال، وهذا معنى نسبته إلى الرطل وحينئذ فالحق يسمى أوقية. قوله: **(وفي التبيين وهذا مشكل الخ)** قال في النهر: وقدمنا عن الفتح أنه لو باع الفضة بجنسها في كفة ميزان جاز لانتفاء احتمال التفاضل، وهذا يؤيد ما ادعاه الشارح. وعن الصيرفية أيضاً: لو تبايعا تبراً بذهب مضروب كفة بكفة لا يجوز ما لم يعلما وزن الذهب لأنه وزني وهذا يشهد لصاحب الهداية:

بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين والفلس بالفلسين باعيانهما

قوله: **(وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين)** لأنها لم تكن مكيلاً ولا موزوناً فانعدمت إحدى العلتين وهي القدر فجاز التفاضل، سواء كان بضعف الآخر أو بأضعافه حيث لم يدخل تحت كيل أو وزن. أما التفاحة والبيضة والجوزة فظاهر، وأما الحفنة من الحنطة والشعير فالمراد بها ما دون نصف صاع لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الأمثال، ولا بد أن لا يوجد نصف الصاع، فلو باع ما دون نصف صاع بنصف صاع لم يجز لوجود العيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة، وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب وفضة بما لا يدخل تحته جائز لعدم التقدير شرعاً إذ لا يدخل تحت الوزن. قيد بالتفاضل لأنه لا يجوز النساء لوجود الجنس. وفي فتح القدير: قولهم لا تقدير في الشرع بما دون نصف الصاع يعرف منه أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها، وفي جمع التفاريق لا رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا، ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين، أما إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره، ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال: كلا شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام اهـ. وأما ضمان الحفنة فبالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل، وهذا في غير العددي المتقارب، أما فيه كالجواز فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان، وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا. ومن فروع الضمان لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فإن أبى إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها؛ كذا في فتح القدير. وفي الخانية: لا بأس بالسمك واحد باثنين لأنه لا يوزن وإن كان جنس منه يوزن فلا خير فيما يوزن إلا مثلاً بمثل اهـ. ثم قال فيها: باع إناء من حديد بحديد إن كان الإناء يباع وزناً تعتبر المساواة في الوزن وإلا فلا، وكذا لو كان الإناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اهـ. قوله:

والظاهر أنهما قولان متقابلان والله الموفق. قوله: **(والصحيح ثبوت الربا)** هذا مشكل في اللب بالجوز فإن اللب موزون بخلاف الجوز، وانظر لم لم يجعل مثل الزيت بالزيتون وقد يقال: هو المراد من قوله «والصحيح ثبوت الربا بالنظر إليه» فإن لقشره قيمة وسيذكر المؤلف أن بيع الجوز بدهنه والتمر بنواه مثل الزيت بالزيتون أي فيجوز بيعه بالاعتبار فتأمل وراجع. قوله: **(وروى المعلى الخ)** على هذا ليس ما بحثه مخالفاً للمنقول بل هو ترجيح لهذه الرواية.

. . . .

(والفلس بالفلسين بأعيانهما) أي وصح بيع الفلس المعين بفلسين معينين عندهما. وقال محمد: لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أثمان وهو لا يتعين ولذا لا تتعين الفلوس إذا قوبلت بخلاف جنسها كالنقدين، ولا يفسد البيع بهلاكها فإذا لم تتعين يؤدي إلى الربا أو يحتمله بأن يأخذ بائع الفلس الفلسين أو لا فيرد أحدهما قضاء لدينه ويأخذ الآخر بلا عوض فصار كما لو كان بغير أعيانهما. ولهما أنها ليست أثماناً خلقة وإنما كانت ثمناً بالاصطلاح وقد اصطلحا على إبطال الثمنية فتبطل وإن كانت ثمناً عند غيرهما لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها إذ لا ولاية للغير عليهما بخلاف النقدين لأن الثمنية فيهما بأصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح، فإذا بطلت الثمنية تعينت فلا يؤدي إلى الربا بخلاف ما إذا كانت غير معينة فإنه يؤدي إلى الربا على ما بيناه. وأورد أن الثمنية إذا بطلت وجب أن لا يجوز التفاضل لأن النحاس موزون وإنما صار معدوداً بالاصطلاح على الثمنية، فإذا بطلت عاد إلى أصله. وأجيب بأن اصطلاحهما على العد لم يبطل ولا يلازمه فكم من معدود لا يكون ثمناً، وأورد أيضاً أن كونها ثمناً بعد الكساد لا يكون إلا باصطلاح الكل فكذا بطلان الثمنية. وأجيب بأن اصطلاحهما على بطلان ثمنيتها موافق للأصل لكونها عروضاً بخلاف اصطلاحهما على كونها ثمناً بعد الكساد مخالف للأصل ولرأي الجميع فلم يصح، وقيد بالتعيين لأن الفلس لو كان بغير عينه والفلسان كذلك لم يجز وصورها أربع: ما إذا كان الكل غير معين وإن تقابضا في المجلس؛ كذا في المحيط. وما إذا كان الفلس معيناً فقط، وما إذا كانا غير معينين فقط ففي هذه الثلاثة لا يجوز اتفاقاً لكن في الصورتين الأخيرتين لو قبض ما كان ديناً في المجلس جاز؛ كذا في المحيط. ومحل الخلاف مسألة الكتاب وأصل الخلاف مبني على أن الفلس لا يتعين بالتعيين عند محمد، ويتعين عندهما فيبطل العقد بهلاكه؛ كذا في فتح القدير. وفي المحيط أنها لا تتعين ولا ينفسخ العقد بهلاكها. قيد بحل التفاضل لأن النساء حرام اتفاقاً لأن الجنس بانفراده يحرمه كما قدمناه. وفي الذخيرة: ذكر محمد هذه المسألة في صرف الأصل ولم يشترط التقابض فهذا دليل على أنه ليس بشرط، وذكر في الجامع الصغير ما يدل على أنه شرط ومن مشايخنا من لم يصحح ما في الجامع الصغير لأن التقابض مع العينية إنما يشترط في الصرف وليس به، ومنهم من صححه لأن لها حكم العروض من وجه وحكم الثمن من وجه فجاز التفاضل للأول واشتراط التقابض للثاني عملاً بالدليلين بقدر الإمكان اهـ. وليس مرادهم خصوص بيع الفلس بالفلسين بل بيان حل التفاضل حتى لو باع فلساً بمائة على التعيين جاز عندهما.

تتمة في أحكام الفلوس: في المحيط: لو باع الفلوس بالفلوس أو بالدراهم أو بالدنانير

قوله: **(وأجيب بأن اصطلاحهما على بطلان ثمنيتها الخ)** يؤخذ منه أن اصطلاح البعض على شيء موافق للأصل فيه يعتبر وإن خالف اصطلاح الجميع. قوله: **(تتمة في أحكام الفلوس)** قال

واللحم بالحيوان والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلاً

فنقد أحدهما دون الآخر جاز، وإن افترقا لا عن قبض أحدهما جاز، ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت لم يبطل البيع قياساً ويتخير المشتري إن شاء قبضها كاسدة وإن شاء فسخ البيع، ويبطل البيع استحساناً لأن كسادها بمنزلة الهلاك لأن المقصود منها الرواج فهو لها كالحياة. ولو قبض منها خمسين ثم كسدت بطل البيع في النصف ورد نصف درهم اعتباراً للبعض بالكل، ولو رخصت لم يبطل ولا خيار للمشتري. ولو كسدت الفلوس الثمن قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة، وعندهما لا يفسد ويجب قيمتها. ولو كسدت أفلس القرض فعليه مثلها عنده، وعندهما قيمتها من الدراهم، وكذا لو غصب واستهلك. ثم عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد، والأصح عند الإمام أن عليه قيمتها يوم الانقطاع من الذهب والفضة. ولو اشترى فلوساً وتقابضا على أن كل واحد منهما بالخيار وتفرقا على ذلك فسد البيع لأن الخيار يمنع صحة القبض، ولو كان أحدهما بالخيار فالبيع جائز عندهما لأن الخيار لا يمنع ثبوت الملك له في المبيع فوجد القبض المستحق في أحدهما، وعلى قول أبي حنيفة لا يجوز لأن الخيار يؤثر في الجانبين فيمنع صحة القبض. وإن باع فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما بشرط الخيار يجوز اهـ. ما في المحيط من باب بيع الفلوس واستقراضها قوله: **(واللحم بالحيوان)** أي وصح بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز إذا كان من جنسه إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر من اللحم الذي في الحيوان ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقي من اللحم بمقابله السَقَط ـ وهو بفتحتين ـ ما لا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء والطحال وصار كالحل ـ وهو بالمهملة ـ دهن السمسم. ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون فصار كبيع السيف بالحديد لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحل يعرف قدر الدهن إذا ميز. وذكر الشارح: وإنما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة لأن المتأخر منهما لا يمكن ضبطه لا لأنها جنس واحد ألا ترى أنه لا يجوز ذلك إذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضاً اهـ. ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز. وفي شرح الطحاوي: لو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب في قولهم جميعاً كما قال محمد، وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط. وفي الحاوي: لو باع شاة في ضرعها لبن بجنس لبنها فهو على الاختلاف الذي في اللحم. قوله: **(والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان)** أي صح لاختلافهما جنساً لأن الثوب لا ينقض ليعود غزلاً

الرملي: وسيأتي مزيد بحث في أحكام الفلوس من كتاب الصرف. قوله: **(وإن افترقا لا عن قبض أحدهما جاز)** قال الرملي: صوابه «لا يجوز». قوله: **(وفي الحاوي لو باع شاة الخ)** قال في النهر:

....

أو قطناً، والكرباس الثياب من اللحم والجمع كرابيس وإليها ينسب الإمام المحبوبي باعتبار بيعها. وأشار المصنف إلى أنه لو باع القطن المحلوج بغزل فإنه يجوز كيفما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساوياً. وقول محمد أظهر. وفي الحاوي: وهو الأصح. ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز إذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر، وإن كان لا يدري لا يجوز. وكذا لو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلاً به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو لبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون قوله: **(والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلاً والعنب بالزبيب)** أي متماثلاً أيضاً. أما الأول فهو قول أبي حنيفة. وقال الباقون من العلماء ومنهم أبو يوسف ومحمد: لا يجوز. وأجمعوا على أن بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز. ودليل الجماعة قوله ﷺ حين سئل عنه أينقص إذا جف؟ فقيل: نعم فقال: لا إذن. رواه مالك في الموطأ والأربعة في السنن عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص. وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدي إليه رطب: أو كل تمر خيبر هكذا؟ سماه تمراً، وتعقبه في غاية البيان بأن الهدية كانت تمراً وتبعه في البناية بأن الثابت في البخاري أنها تمر، ولأن الرطب لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث وهو التمر بالتمر وإن كان غير تمر فبآخره وهو إذا اختلف النوعان «فبيعوا كيف شئتم» هكذا استدل الإمام الأعظم حين اجتمع عليه علماء بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر. وأجاب عن حديثهم بأن مداره على زيد بن عياش وهو ممن لا يقبل حديثه. وفي الهداية: وهو ضعيف عند النقلة. وتعقبه في البناية بأنه ثقة عند النقلة. قال الخطابي: وقد تكلم بعض الناس في إسناد هذا الحديث. وقال: زيد بن عياش مجهول وليس كذلك فإن ابن عياش هذا مولى لبني زهرة وقد ذكره مالك في الموطأ وأخرج حديثه مع شدة تحريه في الرجال ونقده وتتبعه لأحوالهم. وقد أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح لإجماع

والمذكور في الشرح أنه لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو لبن يشترط أن يكون الصوف واللبن أكثر مما على الشاة. وفي السراج: لا خلاف بينهم أنه لا يجوز بيع اللبن بشاة في ضرعها لبن إلا على وجه الاعتبار فما في الحاوي ضعيف. قوله: **(ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز الخ)** قال الرملي قال في الولوالجية: بيع قطن المحلوج لا يجوز إلا مثلاً بمثل، ولا ينظر إلى الحب، وكذا بيع التمر بالتمر المشقوق لأن النبي ﷺ قال «التمر بالتمر» الحديث من غير فصل اهـ. وهو كما تراه مخالف لما هنا فتأمل ولا يخفى أن ما هنا أظهر.

. . . .

أئمة النقل على أمانة مالك بن أنس وأنه محكم لما يرويه اهـ. قال الحاكم قال الأكمل: سلمنا قوته في الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور. وفي غاية البيان: قوله ومدار ما روياه على زيد بن عياش والمذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش. ورده في البناية بأنه وهم فيه لأنه ابن عياش وكنيته أبو عياش وكذلك وهم فيه الشيخ علاء الدين التركماني هكذا. وقال صاحب التنقيح: زيد بن عياش أبو عياش الزلاني ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة والمدني ليس به بأس اهـ. وفي العناية: واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث، أو لا فيجوز بآخره. فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بيناه من إطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخلة من حيث تنعقد صورتها إلى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره اهـ. وفي فتح القدير: وقد رد ترديده بين كونه تمراً أو لا بأن هنا قسماً ثالثاً وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر، وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي في حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجبه أمراً خلقياً وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فإنا في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلل كثير. وأجيب عن حديث زيد بن عياش أيضاً بأن المراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة كما رواه أبو داود: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الرطب بالتمر نسيئة. وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه. ورواه الطحاوي. وهذه الزيادة بعد صحتها يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحدثين قبولها وإن كان الأكثر لم يروها إلا في زيادة تفرد بها بعض الحاضرين في مجلس واحد، ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة، لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة «أينقص الرطب إذا جف» عريا عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة، وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه شفقة مبني على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه اهـ. وفي شرح الطحاوي: ولو باع الثمار بعضها ببعض مجازفة لم يجز إلا إذا كان كيلاً وعرف تساويهما في الكيل قبل التفرق بالأبدان عن

قوله: **(وهذه الزيادة بعد صحتها الخ)** عبارة الفتح: وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يرووها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد، ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول، وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع

والعنب بالزبيب واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل

مجلس العقد فإنه يجوز البيع، وكذلك إذا كان ثمر بين اثنين اقتسماه مجازفة لا يجوز لأن القسمة بمنزلة البيع إلا إذا علم تساويهما في الكيل قبل التفرق، ولو بيع بعضهما ببعض وزناً متساوياً لا يجوز لأن من شرط جواز التسوية الكيل ولا يدري ذلك. وعن أبي يوسف إذا غلب استعمال الناس بالوزن يصير وزنياً ويجوز ويعتبر التساوي وزناً وإن كان أصله كيلياً، وأما بيع الرطب بالرطب فلما روينا أن اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلاً، بمثل ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لأنه تمر بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لأنه ليس بتمر، ولذا لا يجوز السلم فيه، والكُفري ـ بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً ـ اسم لوعاء الطلع وهو كم النخل أول ما ينشق، وأما الثانية وهي بيع العنب بالزبيب فعلى الاختلاف السابق، وقيل لا يجوز اتفاقاً كالمقلية بغيرها والمطبوخة بغير المطبوخة. ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز، وكذا لو باع تمراً منقعاً أو زبيباً منقعاً بتمر مثله أو زبيب مثله أو باليابس منهما جاز عندهما خلافاً لمحمد.

قوله: **(واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب)** لأن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة، وأسماؤها أيضاً مختلفة باعتبار الإضافة كدقيق الشعير والبر والمقصود أيضاً يختلف، والمعتبر في الاتحاد المعنى الخاص دون العام، ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء أصلاً. قيد بالمختلفة لأن غيرها لا يجوز متفاضلاً كلحم البقر والجاموس أو لبنهما أو لحم المعز والضأن أو لبنها أو لحم العراب والبخاتي لاتحاد الجنس بدليل الضم في الزكاة للتكميل فكذا أجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن أو ما يتبدل بالصنعة لاختلاف المقاصد، ولذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلاً. وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى

المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قال في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر. قوله: **(وقيل لا يجوز اتفاقاً)** وعليه فالفرق لأبي حنيفة أن الاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا؛ ذكره في فتح القدير. وذكر في المسألة روايتين أخريين فقال: ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعاً، وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات. اهـ ملخصاً. قوله: **(ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز)** عبارة الهداية: وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة.

قوله: **(وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ)** قدم عن الفتح في شرح قوله «وعلته القدر والجنس» أنه لا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة قوله:

العنب وشحم البطن بالألية أو باللحم والخبز بالبر أو بالدقيق متفاضلاً لا بيع البر بالدقيق أو

منه متفاضلاً. وإنما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلاً وإن كان من جنس واحد لم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدراً فلم توجد العلة، فحاصله أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو تبدل الصنعة. وفي فتح القدير: وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والأوز فإنه يوزن في عادة ديار أهل مصر بعظمه. والدقل رديء التمر يجوز خل التمر بخل العنب متفاضلاً وكذا عصيرهما لاختلاف أصلهما جنساً، وتخصيص الدقل باعتبار العادة لأن الدقل هو الذي كان يتخذ خلاً في العادة اهـ. والحاصل أن ما يوجب اختلاف الأمور ثلاثة: اختلاف الأصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة ومنها جواز بيع إناء صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر، وكذا قمقمة بقمقمتين، وإبرة بإبرتين، وخودة بخودتين، وسيف بسيفين، وداوة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة؛ كذا في فتح القدير قوله: **(وشحم البطن بالألية أو باللحم)** أي يصح بيعها متفاضلاً وإن كانت كلها من الضأن لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والصور والمقاصد قوله: **(والخبز بالبر أو بالدقيق متفاضلاً)** لأن الخبز بالصنعة صار جنساً آخر حتى يخرج من أن يكون مكيلاً والبر والدقيق مكيلان فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة إذا كانت الحنطة هي المتأخرة لإمكان ضبطها. وإن كان الخبز هو المتأخر فالسلم فيه لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج. واختلف على قولهما فمنهم من جوزه على قياس المسلم باللحم وبه يفتى للتعامل. وفي الحاوي: يجوز بيع اللبن بالجبن اهـ قوله: **(لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق)** أي لا يجوز بيع الحنطة بأحدهما متفاضلاً ولا متساوياً لأنه جنس من وجه، وإن خص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا والمعيار فيهما الكيل وهو غير مسوٍ لهما بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لأن المعيار فيه الوزن وهو مسوٍ، والسويق ما يجرش من الشعير والحنطة وغيرهما؛ ذكره الكرماني في باب من مضمض من السويق. وأشار المؤلف إلى جواز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً ولا يجوز متفاضلاً لاتحاد الإسلام والصورة والمعنى، ولا عبرة باحتمال التفاضل كما في البر بالبر. وقيده ابن الفضل بما إذا كانا مكبوسين وإلا لا يجوز، وإن باعه بمثله موازنة ففيه روايتان. وبيع المتخول بغير المتخول لا



(واختلف على قولهما) عبارة الهداية: وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى. وفي فتح القدير: لا يجوز عند أبي حنيفة وكذا عند محمد، ويجوز عند أبي يوسف. وذكر الزيلعي ما هنا عن النهاية معزياً إلى المبسوط وما في الهداية والفتح عن الكافي عن ابن رستم فالظاهر أن عن أبي يوسف روايتين تأمل. قوله: **(وهو غير مسولهما)** قال الزيلعي: ألا ترى أن البر إذا طحن يريد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن. قوله: **(وقيد بالبر الخ)** أي لأن بيع الدقيق

بالسويق والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون

يجوز إلا متساوياً كما في الخلاصة. وقيد بالبر لأن بيع الدقيق بالسويق لا يجوز مطلقاً عنده، وجاز عندهما مطلقاً لاختلاف الجنس ولكن يداً بيد لأن القدر يجمعهما. وله أنهما جنس واحد من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة، وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساوياً جائز لاتحاد الاسم.

قوله: **(والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم)** أي لا يجوز البيع في ثلاث صور: الأولى أن يعلم أن الزيت الذي في الزيتون أكثر لتحقق الفضل من الدهن والتفل. الثانية أن يعلم التساوي لخلو التفل عن العوض. الثالثة أن لا يعلم أنه مثل أو أكثر أو أقل فلا يصح عندنا لأن الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطاً، وعند زفر جاز لأن الجواز هو الأصل والفساد لوجود الفضل الخالي فما لم يعلم لا يفسد، ويجوز البيع في صرة بالإجماع أن يعلم أن الزيت المنفصل أكثر ليكون الفضل بالتفل، وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه. وكل شيء لتفله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وإن لم يكن لتفله قيمة كتراب الذهب إذا بيع بالذهب أو تراب الفضة إذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في التراب لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بإزائه شيء حتى لو جعل فسد لربا الفضل. وفي الحاوي: وإن باع حنطة بحنطة في سنبلها لم يجز وإن باع قصيل حنطة بحنطة كيلاً وجزافاً جاز وإن لم يشترط الترك اهـ قوله: **(ويستقرض الخبز وزنا لا عدداً)** وهذا عند أبي يوسف، وعند محمد يستقرض بهما، وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما، وذكر الشارح أن الفتوى على قول أبي يوسف. وفي شرح المجمع: الفتوى على قول محمد. وفي فتح القدير: وأنا أرى أن قول محمد أحسن. وفي الجوهرة قال محمد: ثلاث من الدناءة: استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر في مرآة الحجام اهـ. وفي المجتبى: باع رغيفاً نقداً برغيفين نسيئة يجوز، ولو كان الرغيفان نقداً والرغيف نسيئة لا يجوز، ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقداً ونسيئة كيف كان قوله: **(ولا ربا بين المولى وعبده)** لأنه وما في يده ملكه. أطلقه وهو مقيد بما إذا لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه، وأما إذا كان مستغرقاً فيجري الربا بينهما اتفاقاً لعدم الملك عنده للمولى في كسبه كالمكاتب، وعندهما لتعلق حق الغير، والتحقيق أنه

بالسويق فيه خلافهما تأمل. قوله: **(وفي الحاوي وإن باع حنطة بحنطة الخ)** قال الرملي: يجب تقييده بما إذا لم يتحقق أن الحنطة التي في سنبلها أقل، فإذا تحقق أنه أقل جاز البيع ويكون زائد الخالصة في مقابلة التبن فينتفي الربا تأمل. وقد تقدم أن بيع البر في سنبله بمثله لا يجوز اهـ. وانظر ما تقدم قبل خيار الشرط عند قول المصنف «كبيع بر في سنبله» قوله: **(وفي المجتبى باع رغيفاً نقداً الخ)** انظر ما وجهه، ووجهه شيخنا بأن الثمن يجوز تأجيله دون المبيع. وقوله «ولو كان الرغيفان نقداً» أي اللذان

والسمسم ويستقرض الخبز وزناً لا عدداً ولا ربا بين المولى وعبده ولا بين المسلم والحربي ثمة.

على إطلاقه ولا ربا بينهما وإن كان مديوناً مستغرقاً وإنما يرد الزائد لتعلق حق الغرماء به كما لو أخذ منه شيئاً بغير عقد، كذا في المعراج. ولو كان عليه دين غير مستغرق فلا ربا. وفي مأذون المحيط إذا أخذ المولى من كسب المأذون شيئاً ثم لحقه دين سلم للمولى ما أخذ، وإن كان عليه يوم الأخذ ولو قليلاً لم يسلم، وفائدته لو لحقه آخر رد المولى جميع ما أخذه بخلاف ما إذا أخذ منه ضريبة وليس عليه دين فإنها تسلم له استحساناً، والمدبر وأم الولد كالعبد بخلاف المكاتب. وأشار المصنف إلى أنه لا ربا بين المتفاوضين وشريكي العنان إذا تبايعا من مال الشركة وإن كان من غيره جرى بينهما.

قوله: **(ولا بين الحربي والمسلم ثمة)** أي لا ربا بينهما في دار الحرب عندهما خلافاً لأبي يوسف. وفي البناية: وكذا إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال كل ذلك يحل له. ولهما الحديث «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ولأن مالهم مباح وبعقد الأمان منهم لم يصر معصوماً إلا أنه التزم أن لا يتعرض لهم بغدر ولا لما في أيديهم بدون رضاهم فإذا أخذ برضاهم أخذ مالاً مباحاً بلا غدر فيملكه بحكم الإباحة السابقة إلا أنه لا يخفى أنه إنما اقتضى حل مباشرة العقد إذا كان الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم أو من جهة الكافر وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين؛ كذا في فتح القدير. وحكم من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر كالحربي عند أبي حنيفة لأن ماله غير معصوم عنده فيجوز للمسلم الربا معه، وأما إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم لم يجز الربا معه لكونه أحرز ماله بدارنا فكان من أهل دار الإسلام؛ كذا في الجوهرة. وفي المجتبى معزياً إلى الكفاية: مستأمن منا باشر مع رجل مسلماً كان أو ذمياً في دارهم أو من أسلم هناك شيئاً من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافاً لأبي يوسف اهـ. والله تعالى أعلم.

دخلت عليهما الباء وهما الثمن. وقوله و«الرغيف نسيئة» أي الذي هو المبيع بأن باع رغيفاً نسيئة برغيفين نقداً فلا يجوز لما فيه من تأجيل المبيع. وعليه فذكر العدد اتفاقي ويبقى الإشكال في الكسيرات، وأيضاً فإن الجنس فيها موجود ولم يجوّزوا بيع تمرة بتمرتين نسيئة فليتأمل قوله: **(إلا أنه لا يخفى أنه)** أي إلا أن التعليل بقوله «ولأن مالهم مباح الخ» قوله: **(كذا في فتح القدير)** تتمة عبارة الفتح: وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الحظر للكافر بأن يكون الغلب له، فالظاهر أن الإباحة بقيد نيل المسلم الزيادة، وقد ألزم الأصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظراً إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه والله تعالى أعلم.

قوله: **(باشر مع رجل مسلماً كان أو ذمياً الخ)** فيه نظر والذي رأيته في المجتبى مستأمن من أهل دارنا مسلماً كان أو ذمياً في دارهم أو من أسلم هناك باشر معهم من العقود التي لا تجوز الخ.

باب الحقوق

العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء منزل إلا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل

باب الحقوق

كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول البيوع إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير، ولأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع؛ كذا في المعراج. والحقوق جمع حق. وفي المصباح الحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء من بابي ضرب وقتل إذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اهـ. وفي البناية: الحق ما يستحقه الرجل وله معان أخر منها الحق ضد الباطل اهـ. وفي شرح المنار للسيد نكركار: الحق هو الشيء الموجود من كل وجه ولا ريب في وجوده ومنه قوله عليه السلام «السحر حق والعين حق» اهـ. وفي شرح البخاري للكرماني: الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته لأنه الموجود حقيقة بمعنى لم يسبق بعدم ولم يلحقه عدم وإطلاق الحق على غيره مجاز ولذا ورد في الحديث «اللهم أنت الحق ووعدك الحق وقولك الحق» بالتعريف في الثلاثة ثم قال «ولقاؤك حق والجنة حق والنار حق والساعة حق» بالتنكير اهـ وذكر الأصوليون أن الأحكام أربعة: حقوق الله تعالى خالصة، وحقوق العباد خالصة، وما اجتمعا فيه وحق الله تعالى غالب كحد القذف، وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب كالقصاص. قالوا: والمراد من حق الله تعالى ما تعلق نفعه بالعموم وإنما نسب إلى الله تعظيماً لأنه متعال عن أن ينتفع بشيء ولا يجوز أن يكون حقاً له تعالى بجهة التخليق لأن الكل سواء في ذلك قوله: **(العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق)** يعني إذا اشترى بيتاً فوقه بيت لا يدخل فيه العلو ولو قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه لأن البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشيء لا يكون تبعاً لمثله. وفي المصباح: علو الدار وغيرها خلاف السفل لبضم العين وكسرها اهـ. وأورد المستعير له أن يعير ما لا يختلف والمكاتب له أن يكاتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك، والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابة عبده من أكسابه.

قوله: **(وبشراء منزل إلا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه)**

ويمكن تصحيح عبارة المؤلف بأن يجعل قوله «مسلماً كان أو ذمياً عائداً إلى قوله «مستأمن لا إلى رجل»

باب الحقوق

قول المصنف: **(ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق)** أقول: العرف في

قليل وكثير هو فيه أو منه ودخل بشراء دار كالكنيف لا الظلة إلا بكل حق ولا يدخل الطريق

أي لا يدخل العلو بشراء منزل إلا أن يقول المشتري لفظاً من الثلاثة لأن المنزل له شبه بالدار وبالبيت لأنه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكن فيه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فإنه ليس فيه اصطبل، فلشبه الدار يدخل بذكر التوابع، ولشبه البيت لا يدخل من غير ذكر توفيراً عليهما حظهما. وفي الكافي: إن هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار، والأحكام تبتني على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله. وفي الذخيرة: اعلم أن الحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد إلا لأجل المبيع كالطريق والشرب للأرض والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء. وقوله «كل قليل وكثير» يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع مما يتصل بالمبيع اهـ. وفي المصباح: المرافق جميع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ والكنيف ونحوه على التشبيه باسم الآلة بخلاف المرفق في الوضوء فإن فيه لغتين فتح الميم وكسر الفاء كمسجد وبالعكس، وكذا المرفق بمعنى ما ارتفقت به اهـ. فالحاصل أن المرفق مطلقاً فيه لغتان إلا مرفق الدار. وفي جامع الفصولين من الفصل السابع: وما يذكر في دعوى العقار من قوله بحقوقه ومرافقة فحقوقه عبارة عن مسيل الماء وطريق وغيره وفاقاً ومرافقة عند أبي يوسف عبارة عن منافع الدار، وفي ظاهر الرواية المرافق هي الحقوق اهـ قوله: **(ودخل بشراء دار)** أي العلو بشراء دار وإن لم يذكر شيئاً من ذلك لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط، ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر. وفي البناية: الدار لغة اسم لقطعة أرض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبني في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان وغير ذلك، ولا فرق بين ما إذا كانت الأبنية بالماء والتراب أو بالخيام والقباب اهـ قوله: **(كالكنيف)** أي كما يدخل بشراء الدار وإن لم يصرح به لأن الكنيف منها، وكذا يدخل بئر الماء والأشجار التي صحنها والبستان الداخل فأما الخارج فإن كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل إلا بشرط، وإن كان أصغر منها يدخل لأنه

زماننا دخولها بمجرد العقد بدون قوله «كل حق» ولا يفهم العاقدان سوى ذلك، فمقتضى ما مر في مسألة للعلو عن الكافي دخول هذه المذكورات وإن لم يقل بكل حق لأن عرف زماننا دخول ذلك لا سيما الشرب. ثم رأيت في الذخيرة البرهانية قال: فالأصل أن ما كان في الدار من البناء أو كان متصلاً بالبناء يدخل في بيع الدار من غير ذكر بطريق التبعية، وما لا يكون متصلاً بالبناء لا يدخل في بيع الدار من غير ذكر إلا إذا كان شيئاً جرى العرف فيه فيما بين الناس أن البائع لا يمنعه عن المشتري، فحينئذ يدخل وإن لم يذكره في البيع. والمفتاح يدخل استحساناً ولا يدخل قياساً لأنه غير

والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق بخلاف الإجارة.

يعد من الدار عرفاً. والكنيف المستراح وفي المصباح: الكنيف الساتر ويسمى الترس كنيفاً لأنه يستر صاحبه. وقيل للمرحاض كنيف لأنه يستر قاضي الحاجة والجمع كنف مثل نذير ونذر اهـ. أطلقه فشمل ما إذا كان الكنيف خارجاً مبنياً على الظلة لأنه يعد منها عادة.

قوله: **(لا الظلة إلا بكل حق)** أي لا تدخل الظلة في بيع الدار إلا إذا قال بكل حق وهي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على الدار الأخرى أو على أسطوانات في السكة؛ كذا في فتح القدير. وفي الصحاح: والظلة بالضم كهيئة الصفة وقرئ ﴿في ظلل على الأرائك متكئون﴾ [يس: ٥٦] والظلة أيضاً أول سحابة تظل عن أبي زيد وعذاب يوم الظلة قالوا: غيم تحته سموم والمظلة بالكسر البيت الكبير من الشعر اهـ. وفي المغرب: قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب. وإنما لا تدخل عند أبي حنيفة لأنها مبنية على الطريق فأخذت حكمه. وعندهما إن كان مفتحها في الدار تدخل مطلقاً لأنها من توابعها كالكنيف. وليس مراد المصنف بقوله «إلا بكل» حق القصر على هذا بل إنما المراد به أو بنحوه بأن يقال بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو فيه؛ كذا في البناية. وفي الخانية: ويدخل الباب الأعظم فيما إذا باع بيتاً أو داراً بمرافقة لأن الباب الأعظم من مرافقها اهـ. قوله: **(ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق بخلاف الإجارة)** أي لا تدخل الثلاث في بيع الأرض أو المسكن إلا بذكر كل حق ونحوه بخلاف الإجارة حيث تدخل مطلقاً لأن كلاً منها خارج عن الحدود فكانت تابعة فتدخل بذكر التوابع، وإما الإجارة فإنما المقصود منها الانتفاع ولا يتحقق إلا بها ولأن البيع شرع لتمليك العين لا المنفعة بدليل صحة شراء جحش ومهر صغير وأرض سبخة ولا تصح إجارتها، وكذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت بخلاف

متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار إلا أنا استحسنا وقلنا بالدخول بحكم العرف لأن العرف فيما بين الناس أن البائع للدار لا يمنع المفتاح عن المشتري ويسلمون الدار بتسليم المفتاح، والقفل ومفتاحه لا يدخلان. والسلم إن كان متصلاً بالبناء يدخل، سواء كان من خشب أو مدر والسرر نظير السلالم. اهـ. قوله: **(في بيع الأرض أو المسكن)** في القاموس: المسكن المنزل. وعبارة الهداية: ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق الخ. وكأنه أراد بالمسكن الدار. قوله: **(وفي المعراج أراد الطريق الخاص الخ)** قال في فتح القدير وقال فخر الإسلام: وإذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا تدخل إلا بذكر الحقوق إلا أن تعليله بقوله «لأنه ليس من هذه الدار» يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب، فالحق أن كلاً منهما لا يدخل لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الأجنبي إلا بذكره اهـ.

....

البيع، وقد يتجر في العين فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة. وفي المعراج: أراد الطريق الخاص في ملك إنسان أما الطريق إلى سكة غير نافذة أو إلى طريق عام يدخل اهـ. وفي المحيط: وكذا ما كان له من حق مسيل الماء أو القاء الثلج في ملك إنسان لحاجته. وفي الذخيرة بذكر الحقوق: إنما يدخل الطريق الذي يكون عند البيع لا الطريق الذي كان قبل البيع حتى إن من سد طريق منزله وجعل له طريقاً آخر وباع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثاني لا الطريق الأول؛ كذا في البناية. فإن ذكر الحقوق وقال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فإن المشتري لا يستحق الطريق من غير حجة لكن له أن يردها بالعيب، وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة، فإن كانت الجذوع للبائع يؤمر البائع بالرفع، وإن كانت لغيره كان عيباً، كذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق أو مسيل ماء لدار أخرى، فإن كانت تلك الدار للبائع لم يكن للبائع أن يمر في الدار المبيعة لأنه باعها من غير استثناء، وإن كانت تلك الدار لغير البائع كان عيباً؛ كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان. وفي الخلاصة: يدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة. وفي الخانية: لو أقر بدار أو صالح على دار أو وصى بدار ولم يذكر حقوقها ومرافقها لم يدخل الطريق اهـ. وأما إذا اقتسما ولم يذكرا طريقاً فإن أمكنه فتح باب صحت وإلا فسدت ولا يدخل إلا بذكر الحقوق وفي البيع يدخل بذكر الحقوق وإن أمكنه فتح باب، وبيان الفرق بين القسمة والإجارة وبينهما وبين البيع في المعراج اهـ.

وتأمل قوله «فلا يدخل ملك البائع» مع ما سيذكره المؤلف عن شرح الجامع الصغير لقاضيخان ومع ما نقله الرملي عن الخلاصة كما سنذكره. قوله: **(وإن كانت تلك الدار لغير البائع كان عيباً)** قال الرملي في الخلاصة في كتاب الشرب في الفصل الثاني في مسائل الماء ومسائل السطح وفي النوازل: رجل له داران مسيل سطح أحدهما على سطح الدار الأخرى فباع الدار التي عليها المسيل من إنسان بكل حق هو لها ثم باع الدار الأخرى من آخر فأراد المشتري الأول أن يمنع المشتري الثاني من إسالة الماء على سطحه قال: له أن يمنعه إلا أن يكون اشترط عليه وقت ما باعه أني لم أبع منك مسيل الماء في الدار التي بعت اهـ. أقول: وبه علم جواب حادثة الفتوى وهي: رجل له كرمان طريق أحدهما من الآخر فباع لبنته الذي فيه الطريق على أن له المرور كما كان فباعته لأجنبي فهل له منع الأب من الاستطراق أم لا ولو تضرر بمروره؟ الجواب ليس له منعه تأمل. هذا ورأيت عبارة الخلاصة في نسختي قال: لا يمنعه. ورأيت في البزازية ليس له ذلك، وعزاه في الخلاصة للنوازل فراجعت النوازل بعد أن أشكل علي ذلك فرأيته قال: له أن يمنعه الخ. ثم راجعت الولوالجية فرأيته قال: له ذلك فتيقنت أنه سبق قلم من الكتبة فأصلحته في الخلاصة والبزازية فتيقظ والله تعالى أعلم. قوله: **(ولا يدخل إلا بذكر الحقوق)** أي في صورة ما إذا لم يمكنه فتح باب وتصح القسمة حينئذ كما لا يخفى، أما إذا أمكنه فلا تدخل وإن ذكرت كما سيأتي. قوله: **(وبيان الفرق بين القسمة والإجارة الخ)** ذكر في الكفاية أيضاً فقال: وفي الفوائد الظهيرية فرق بين الإجارة وبين القسمة فإن الدار إذا

باب الاستحقاق

البينة حجة متعدية لا الإقرار والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق

باب الاستحقاق

وهو طلب الحق. وفي المصباح: استحق فلان الأمر استوجبه؛ قاله الفارابي وجماعة. فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول ومنه خرج البيع مستحقاً ا هـ. وذكره عقيب الحقوق للمناسبة بينهما لفظاً ومعنى قوله: **(البينة حجة متعدية لا الإقرار)** لأن البينة لا تصير حجة إلا

كانت بين رجلين وفيها صفة وفيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة واقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقاً ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة، ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق تحرياً لجواز القسمة كما في الإجارة لأن في الإجارة موضع الشرب ليس مما تناولته الإجارة ولكن يتوسل به إلى الانتفاع بالمستأجر، والآجر إنما يستوجب الأجر إذا تمكن المستأجر من الانتفاع، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما، وأما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه، فلو أثبتنا لأحدهما حقاً في نصيب الآخر تضرر به الآخر إلا إذا ذكر الحقوق والمرافق لأنه دليل الرضا به. ثم فرق بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل في البيع إذا ذكر الحقوق وإن أمكنه أن يفتح الباب فيما ابتاع ويسيل ماؤه فيه وفي القسمة لا يدخل. والفرق أن المقصود من القسمة تميز أحد الملكين عن الآخر واختصاص كل واحد من الانتفاع بنصيبه على وجه لا شركة للآخر فيه فلا يصار إلى الانتفاع بنصيب صاحبه إلا عند التعذر، والانتفاع بنصيب صاحبه لا يخل بمقصود البيع فلهذا افترقا اهـ. هذا والمفهوم من هذا الكلام أن في القسمة إذا لم تذكر الحقوق ولم يمكنه إحداث مثلها في نصيبه ولو واحداً منها فالقسمة فاسدة، ولا تدخل الحقوق التي كانت إلا بذكرها، وإن أمكنه إحداث مثلها فلا تدخل وإن ذكرت والقسمة صحيحة وهذا موافق لما ذكره المؤلف هنا. قال في النهر: والمذكور في نظم ابن وهبان أنه إذا لم يمكنه فتح باب وقد علم ذلك وقت القسمة صحت، وإن لم يعلم فسدت. وفي الفتح: ولا يدخل الطريق والمسيل فيها إلا برضا صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق اهـ. قلت: الذي في الفتح مثل ما نقلناه عن الكفاية، والذي نقله عنه في النهر ذكره في الفتح فيما إذا ذكر الحقوق وأمكنه إحداثها، ومعناه أن دليل الرضا وهو ذكر الحقوق والمرافق لا يكفي كما يكفي فيما إذا لم يمكنه الإحداث بل لا بد في دخولها من صريح رضا شريكه وهذا موافق لما مر فتدبر.

باب الاستحقاق

قوله: **(وصحح العمادي في الفصول الخ)** نقل الرملي عن الغزي عبارة الفصول في الفصل

. . . .

بقضاء القاضي وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة، والإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه؛ كذا ذكر الشارح. وظاهره أن معنى التعدي أنه يكون القضاء به قضاء على كافة الناس في كل شيء قضى به بالبينة وليس كذلك، وإنما يكون القضاء على الكافة في العتق. قال في الخلاصة: القضاء بحرية العبد قضاء في حق الناس كافة اهـ. وفي الصغرى من دعوى النكاح في كتاب الدعوى: إذا قضى القاضي لإنسان بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة ثم ادعاه الآخر لا تسمع؛ ذكره في آخر الباب الرابع والمائه من أدب القاضي اهـ. وأما القضاء بالوقف ففي الخلاصة من القضاء والقضاء بوقفية موضع هل يكون قضاء على الناس كافة؟ اختلف المشايخ فيه. وفي كتاب الدعوى: أرض في يد رجل ادعى رجل أن هذه الدار وقف من جهة فلان على جهة معلومة وأنه متولي ذلك الوقف وذكر الشرائط وأثبت بالبينة وقضى القاضي بالوقفية ثم جاء رجل وادعى أن هذه الأرض ملكه وحقه تسمع بخلاف العبد إذا ادعى العتق على إنسان وقضى القاضي بالعتق ثم ادعى رجل أن هذا العبد ملكه لا تسمع لأن القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس كافة بخلاف الوقف. قال الصدر الشهيد: لم نر لهذا رواية ولكن سمعت أن فتوى السيد أبي شجاع على هذا. وفي فوائد شمس الأئمة الحلواني وركن الإسلام علي السغدي أن الوقف كالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة وكذا في النوازل اهـ. وصحح العمادي في الفصول أن القضاء به ليس قضاء على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك فقد ظهر بهذا أن القضاء يكون على الكافة في الحرية والنكاح والنسب والولاء خاصة، وفي الوقف يقتصر على الأصح. وأما القضاء بالملك فقضاء على المدعى عليه وعلى من تلقى الملك منه؛

العاشر في دعوى الوقف وليس فيها تصحيح أصلاً بل مجرد حكاية أنه قضاء على الكافة عن الإمام الحلواني والسندي وعدمه عن الفقيه أبي الليث والصدر الشهيد قال: وفي الفواكه البدرية لمولانا بدر الدين بن الغرس أن القضاء بالوقف لا يكون قضاء كلياً حتى تسمع فيه دعوى ملك وقف آخر وهو الصحيح اهـ. قلت: وعبارة جامع الفصولين القضاء بالوقفية قيل يكون على الناس كافة وقيل لا.
قوله: **(في الحرية والنكاح والنسب والولاء)** أراد بالحرية بالعتق لأنه هو الذي ذكره سابقاً، وسيأتي عن الدرر ذكر الحرية الأصلية وتقييد العتق بما إذا كان في ملك مطلق لا مؤرخ ليكون بمنزلة الحرية الأصلية في كونه قضاء على الكافة مطلقاً وإلا يكون قضاء على الكافة من وقت التاريخ. وزاد في الحواشي الحموية على ما هنا ما في معين الحكام لو أحضر رجلاً وادعى عليه حقاً لموكله وأقام البينة على أنه وكله في استيفاء حقوقه والخصومة قبلت ويقضي بالوكالة ويكون القضاء عليه قضاء على كافة الناس لأنه ادعى عليه حقاً بسبب الوكالة فكان إثبات السبب عليه إثباتاً على الكافة حتى لو أحضر

....

كذا في الخلاصة. وفيها قبله: المشتري إذا صار مقضياً عليه هل يصير البائع مقضياً عليه حتى لا تسمع إن قال المشتري في جواب دعوى المدعي ملكي لأني اشتريته من فلان يعني من البائع صار البائع مقضياً عليه حتى لا تسمع دعوى البائع هذا المحدود ويرجع المشتري عليه بالثمن، أما إذا قال في الجواب ملكي ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضياً عليه حتى تسمع دعواه هذا المحدود. والأرث كالشراء وهو منصوص في الجامع الكبير وصورتها: دار في يد رجل يدعي أنها له فجاء آخر وادعى أنها له ورثها من أبيه وأقام البينة وقضى القاضي له عليه بها ثم جاء أخو المقضى عليه وادعى أن هذه الدار كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له بين الأخ المقضى عليه وبينه يقضى للأخ المدعي بنصف الدار لأن الأخ المقضى عليه لم يقل في الجواب ملكي لأني ورثتها من أبي فلم يصر الأخ الآخر حينئذ مقضياً عليه فتسمع دعواه، وكذا لو أقر ذو اليد وهو الأخ المقضى عليه أنه ورثها من أبيه بعد ما أنكر وبعد إقامة البينة، ولو أقر أنه ورثها من أبيه قبل إقامة البينة لا تسمع دعوى الأخ ا هـ. وذكر قبله المورث إذا صار مقضياً عليه في محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود؛ إن ادعى الإرث من هذا المورث لا تسمع، وإن ادعى مطلقاً تسمع، وإن كان على القلب بأن كان المورث مدعياً والمقضى عليه أجنبياً فلما مات المورث ادعى المقضى عليه هذا المحدود مطلقاً على وارثه لا تسمع. وذكر فيها معزياً إلى الصغرى في دعوى الدين على إحدى الورثة وقد أقر المدعي أن الميت لم يترك شيئاً القضاء عليه قضاء على الميت ا هـ. وحاصله أن القضاء على المشتري قضاء على البائع بالشرط السابق.

وفي فتح القدير: إن القضاء باستحقاق المبيع من يد المشتري قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهما أنه ملكه، وعلى الوارث قضاء على المورث بشرطه، وعلى المورث قضاء على الوارث بشرطه، وعلى أحد الورثة قضاء على الباقي بشرطه. وذكر منلا خسرو ومن باب الاستحقاق والحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد، وكذا العتق وفروعه. وأما الحكم في الملك المؤرخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله يعني إذا قال زيد لبكر إنك عبدي ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر إني كنت عبد بشر ملكني منذ ستة أعوام فأعتقني فبرهن عليه اندفع دعوى زيد، ثم إذا قال عمرو لبكر إنك عبدي ملكتك منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه تقبل ويفسخ الحكم بحريته ويجعل ملكاً

آخر وادعى عليه حقاً لا يكلف إعادة البينة على الوكالة اهـ. قوله: **(وأما الحكم في الملك المؤرخ الخ)** قال السيد أبو السعود في حاشية مسكين: استنبط شيخنا من كلام منلاخسرو أن القضاء بالنكاح لمن ادعاه وأثبته يكون قضاء في حق كافة الناس من وقت التاريخ فلا تسمع دعوى أحد نكاحها من ذلك الوقت ما بقي النكاح المقضى به، وقبل الوقت الذي أرخه تقبل ويبطل به الحكم للأول لأنه يصير

....

لعمرو، ويدل عليه أن قاضيخان قال في أول البيوع في شرح الزيادات فصارت مسائل الباب على قسمين: أحدهما عتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الأصل والقضاء به قضاء على كافة الناس، والثاني القضاء بالعتق في الملك المؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله فليكن هذا على ذكر منك فإن الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة ا هـ. ومن فروع التعدي إذا قضى بها دون الإقرار مسألة في الاستحقاق إذا استحق المبيع ببينة رجع المشتري على بائعه بالثمن وبالإقرار لا. ومن مسائل الاستحقاق ما في جامع الفصولين: لو استحق بالبينة فطلب ثمنه من بائعه فقال المبيع لي وشهدا بزور فقال المشتري أنا أشهد بذلك وأنهما شهدا بزور فللمشتري أن يرجع بثمنه على بائعه مع هذا الإقرار إذا المبيع لم يسلم له فلا يحل ثمنه للبائع، ثم قال المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق ومع ذلك برهن الراجع على الاستحقاق كان له أن يرجع على بائعه إذ الحكم وقع ببينة لا بإقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت عليه الاستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه. وفيه: لو برهن المدعي ثم أقر المدعى عليه بالملك يقضى له بإقرار لا ببينة إذا البينة إنما تقبل على المنكر لا على المقر وفيه اختلاف المشايخ، فقيل يقضى بالإقرار، وقيل بالبينة والأول أظهر وأقرب إلى الصواب ا هـ. وأورد على أن الإقرار قاصر على المقر مسألتان: الأولى إذا أراد الزوج أن يسافر بامرأته فأقرت بدين لإنسان فإنه يمنعها من السفر. الثانية إذا أقر الآجر بدين يصح وتنفسخ الإجارة ولم يقتصر الإقرار على المقر، والجواب أن هذا الإقرار وإن كان على الغير لكنه من ضرورات الإقرار لأنه صادف خالص حق المقر وهو الذمة ثم لزم منه إتلاف حق الغير بالضرورة ولأن المرأة والآجر يقدران على الإنشاء بالاستقراض وهذا قول أبي حنيفة. وعندهما لا يصدق المؤجر في حق المستأجر ولا تنتقض الإجارة ولا تصدق المرأة في حق الزوج حتى لا يكون للمقر له حبسها وملازمتها، ولا يبطل حق الزوج في نقلها؛ كذا ذكره العتابي في شرح الزيادات، وذكر قبله أصلاً لأبي حنيفة فقال: أصل الباب أن إقرار الإنسان على غيره لا يصح

قضاء على الكافة من وقت التاريخ لا قبله اهـ. قوله: **(وفيه اختلاف المشايخ الخ)** ذكر في فتح القدير عن فتاوى رشيد الدين أنه مشى أولاً على القول الثاني وفي آخر الباب قال: والأول أظهر وأقرب إلى الصواب. ثم قال: وهذا يناقض ما ذكره أولاً إلا أن تخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع فيتحصل أنه إذا ثبت الحق بهما ينبغي على ما جعله الأظهر أن يقضي بالإقرار وإن سبقته إقامة البينة غير أن القاضي يتمكن من اعتبار قضائه بالبينة، فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع اهـ. ولخصه في النهر بقوله: وتحصل من هذا أن عند ثبوت الحق بهما يقضي بالإقرار على الأظهر إلا عند الحاجة فبالبينة، وسيذكر المؤلف عبارته بتمامها في التتمة آخر هذا الفصل.

. . . .

وذلك بأن يتضمن إقراره بطلان حق الغير بحيث يضاف البطلان إلى إقراره، ففي مسألة الإجارة إنما يصح إقراره لأنه تصرف في ذمة نفسه بالتزام الدين ثم تعدى إلى حق الغير وهو المستأجر وحقه إنما يبطل بعد الإقرار بالبيع والتنفيذ فلا يضاف البطلان إلى إقرار الآجر فلا يكون إقراراً على الغير وكذا في مسألة المرأة ا هـ. ومن مسائل اقتصار الإقرار مسألة في الذخيرة من الفصل الثالث والعشرين من المتفرقات قبيل الصرف ذكر في الباب الأول من شهادات الجامع: شهدا على رجل بعتق عبد فردت لتهمة فوكل المولى أحدهما ببيعه فباعه من الشاهد الآخر صح البيع لأن قولهما لم ينفذ في حق المالك والمتعاقدان وإن تصادقا على فساد البيع لكن قولهما ليس بحجة على غيرهما، وعتق العبد لإقرار المشتري بحريته وولاؤه موقوف، وبرئ المشتري عن الثمن في قياس قولهما ولا يبرأ في قياس قول أبي يوسف بناء على ابراء الوكيل بالبيع عن الثمن وضمنه الوكيل عندهما، وليس للوكيل حق استيفاء الثمن عند أبي يوسف إنما يستوفيه الموكل بخلاف الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن حتى لا يصح الإبراء عنده فللوكيل استيفاؤه، وإن باع الوكيل العبد من غير صاحبه جاز ولا عتق ولا براءة وتمامها فيها.

قوله: **(والتناقض يمنع دعوى الملك)** لأن القاضي لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض إذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا، وهذا أصل لفروع كثيرة مذكورة في الدعوة، ولا بأس بايراد نبذة منها؛ فمن ذلك ما في الظهيرية: رجل ادعى على رَجل مقداراً معلوماً بأنه دين له عليه وأنكره المدعى عليه ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فإنه لا تسمع دعواه لأنه متناقض في كلامه ولو كان الأمر بالعكس تسمع لإمكان التوفيق لأن مال الشركة يجوز أن يكون ديناً بالجحود والدين لا يصير مال الشركة. ومنها ما ذكره فيها أيضاً: رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخي ثم مات المدعي وخلف أموالاً كثيرة فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه وقال هو أخي لا تقبل ولا يقضى له بالميراث لأنه متناقض، ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البنوة أو الأبوة والمسألة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث، ومنها ما ذكره فيها: ادعى عيناً في يد إنسان أنها لفلان وكلني بالخصومة فيها ثم ادعى أنها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضاً فلا تقبل بينته، ولو ادعى أنها له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضاً ا هـ. ومنها ما في البزازية: ادعى شراء دار من أبيه فقبل أن يزكي شهوده

قوله: **(وولاؤه موقوف)** لأن المولى مع المشتري كل منهما ينفيه عن نفسه ذخيرة. قوله: **(والمسألة بحالها)** أي ثم مات المدعي عن مال فادعى المدعى عليه البنوة أو الأبوة، ويظهر الفرق مما يأتي عن البزازية قريباً في القولة الآتية. قوله: **(يصير متناقضاً فلا تقبل بينته)** أي لأن الإنسان لا

....

برهن على أنه ورثها من أبيه تقبل لوضوح التوفيق لأنه يقول جحدني الشراء فملكت بالإرث وعلى العكس لا. ومنها ما فيها أيضاً: ادعى الصدقة منه منذ سنة ثم ادعى الشراء منه منذ شهر وبرهن لا تقبل إلا إذا وفق كما مر. ومنها ما فيها: لو ادعى أولاً الوقف ثم لنفسه لا تسمع كما لو ادعاها لغيره ثم لنفسه، ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعاً كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره. ومنها ما فيها أيضاً: ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل إذ الوكيل بالخصومة في عين من جهة زيد مثلاً لا يلي إضافته إلى غيره إلا إذا وفق وقال كان لفلان الأول وكان وكلني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكلني الثاني أيضاً، والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس ثم جاء بعد مدة وبرهن على ذلك على ما نص عليه الحصيري في الجامع دلنا به أن الإمكان لا يكفي. ومنها لو ادعى أنه وكيل عن فلان بالخصومة فيه ثم ادعاه لنفسه لا يقبل لأن ما هو له لا يضيفه إلى غيره في الخصومة ولا يحكم له بالملك بعد ما أقر به لغيره، ولو برهن أولاً لموكله لعدم الشهادة به له إلا إذا وفق وقال كان لفلان وكلني بالخصومة ثم اشتريته منه وبرهن على ذلك الأمر الممكن بخلاف ما إذا ادعاه لنفسه ثم ادعى أنه وكيل لفلان بالخصومة لعدم المنافاة فإن الوكيل بالخصومة قد يضيف إلى نفسه يكون المطالبة له. ومنها ما في الأجناس الصغرى: ادعى محدوداً بشراء أو إرث ثم ادعاه ملكاً مطلقاً لا تسمع إذا كانت الدعوى الأولى عند القاضي، فأما إذا لم تكن عند القاضي فهذا والأول سواء، هذا على الرواية التي ذكروا أن التناقض إنما يتحقق إذا كان كلا الدعوتين عند القاضي، فأما من اشتراط أن يكون الثاني عند القاضي يكفي في تحقق التناقض كون الثاني عند الحاكم. وفيها أيضاً: والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضاً وهو معنى قولهم المقر إذا صار مكذباً شرعاً بطل إقراره. وفيها: الايداع والاستعارة والاستئجار والاستيهاب إقرار بأن العين لذي اليد فلا تسمع دعواه بأنها له، وطلب نكاح الأمة مانع من دعوى تملكها وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها اهـ. وذكر الاختلاف في أن إمكان التوفيق يكفي لدفع التناقض أو التوفيق بالفعل؛ ذكرهما في الخلاصة. وفي البزازية معزياً إلى الخجندي أنه اختار أن التناقض إن كان من المدعي لا بد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الإمكان، وإن كان من المدعى عليه يكفي الإمكان

يضيف مال نفسه إلى غيره. قال صاحب جامع الفصولين بعد ذكر المسألة في الفصل ٣٩ أقول: يمكن أيضاً في هذا أنه أضاف مال الغير إلى نفسه فلا تناقض حينئذ فينبغي أن يكون مقبولاً. قوله: **(وهذا على الرواية التي ذكروا الخ)** سيأتي عن البزازية ما يفيد ترجيح الثانية واختاره المؤلف، وعن النهر اختيار الأولى. قوله: **(والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم)** قال في البزازية:

....

لأن الظاهر عند الإمكان وجوده ووقوعه والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق. ويقال أيضاً: إن تعدد الوجوه لا يكفي الإمكان وإن اتحد يكفي الإمكان اهـ. وسيأتي لهذا مزيد إن شاء الله تعالى في مسائل شتى من كتاب القضاء عند قول المصنف «ما كان لك عليّ شيء قط ثم ادعى الايفاء أو الابراء» وفي كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى. والتناقض في اللغة كما في المصباح: التدافع يقال تناقض الكلامان تدافعاً كان كل واحد نقض الآخر، وفي كلامه تناقض إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض اهـ. وفي الصحاح: والمناقضة في القول أن يتكلم بما يتناقض معناه اهـ. وأما في المنطق فقال في الشمسية من الفصل الثالث في أحكام القضايا: وحدوا التناقض بأنه اختلاف قضيتين بالسلب والايجاب بحيث يقتضي لذاته أن تكون إحداهما صادقة والأخرى كاذبة فلا يتحقق في المخصوصتين إلا عند اتحاد الموضوع، ويندرج فيه وحدة الشرط والجزاء لكل وعند اتحاد المحمول، ويندرج فيه وحدة الزمان والمكان والإضافة والقوة والفعل والمحصورتين، ولا بد مع ذلك من الاختلاف بالكمية لصدق الجزئيين وكذب الكليتين في كل مادة يكون الموضوع فيها أعم، ولا بد من الاختلاف بالجهة في الكل لصدق الممكنتين وكذب الضروريتين في مادة الإمكان اهـ. وتوضيحه في شرحها للقطب. والظاهر أن مراد الفقهاء به المعنى اللغوي لا المنطقي كما لا يخفى.

قوله: **(لا الحرية والنسب والطلاق)** لأن مبناها على الخفاء فيعذر في التناقض لأن النسب يبتنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بها الزوج والمولى فتفرع على المسألة الأولى ما في المبسوط من باب الإقرار بالرق أن الأمة إذا أقرت بالرق فباعها المقر له جاز، فإن ادعت عتقاً بعد البيع وأقامت البينة على عتق من البائع أو على أنها حرة من الأصل قبلت بينتها استحساناً. ولو باع عبداً ودفعه إلى المشتري وقبض ثمنه وقبضه المشتري وذهب به إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهذا إقرار منه بالرق لأنه انقاد للبيع والتسليم ولا يثبت ذلك شرعاً إلا في الرقيق فلا يصدق في دعوى الحرية بعد ذلك لأنه يسعى في نقض ما تم من جهته إلا أن تقوم له بينة على ذلك فحينئذ تقبل والتناقض لا يمنع من ذلك، وكذا لو رهنه أو دفعه بجناية كان إقراراً بالرق بخلاف ما لو أجره ثم قال أنا حر فالقول قوله لأن الإجارة تصرف في منافعه لا في عينه ومنافع الحر تملك بالإجارة كالعبد فلا يكون إقراراً له بالرق والإجارة ليست بإقرار من الخادم بالرق وهو إقرار من المستأجر بأن العبد ليس له حتى لو ادعاه بعد ما استأجره لنفسه لا يصدق اهـ. وأطلق الحرية فشمل الأصلية والعارضة لخفاء حال العلوق فإن الولد انجلب صغيراً من دار إلى دار وينفرد المولى بالإعتاق ولهذا قلنا:

كمن ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة فبرهن الدائن وحكم به الحاكم وأخذ المكفول

....

المكاتب إذا أدى بدل الكتابة ثم ادعى تقدم إعتاقه على الكتابة تقبل ويؤدي بدل الكتابة؛ كذا في البزازية. وأما التناقض المعفو في النسب فصورته: لو باع عبداً ولو عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول أنه ابنه فتسمع دعواه ويبطل الشراء الأول والثاني لأن النسب ينبني على العلوق فيخفى فيعذر في التناقض؛ هكذا صوره العيني في شرح الكنز، وظاهره أن النسب في كلام المصنف خاص بالأصول والفروع، وأما تناقض ما عداهم فإنه يمنع لما قدمناه من أنه إذا أنكر أخوّته عند طلب الانفاق عليه فمات فادعى بعده أنه أخوه طالباً ميراثه لم تسمع ورجوعه إلى التناقض في دعوى الملك لكونه لا يصح الدعوى بأنه أخوه إلا إذا ادعى حقاً ولذا قال في البزازية من العاشر في النسب والإرث من كتاب الدعوى: ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه إن ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً حتى لو حضر الأب وأنكر لا تقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب، وإن لم يدع مالاً بل ادعى الأخوة المجردة لا تقبل لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أبي المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والأب غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالاً فإن ادعى مالاً فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً كما مر بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة أنها زوجته، أو ادعت عليه أنه زوجها، أو ادعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة، أو ادعى عربي على آخر أنه معتقة، أو ادعت على رجل أنها أمته، أو كان الدعوى في ولاء الموالاة وأنكره المدعى عليه فبرهن المدعي على ما قاله تقبل ادعى به حقاً أو لا، بخلاف دعوى الأخوة لأنه دعوى الغير ألا ترى أنه لو أقر أبوه أو ابنه أو زوجه أو زوجته صح، أو بأنه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير وتمامه فيها. ولو قال هذا الولد ليس مني ثم تلاعنا ثم قال مني يصدق لخفاء العلوق فاندفع ما لو قال هذه الدار ليست لي ثم ادعاها كما مر؛ كذا فيها أيضاً.

وفي جامع الفصولين: قال لست وارثاً ثم ادعى أنه وارثه وبين الجهة تسمع لأن التناقض في النسب معفو عنه ا هـ. وعلى هذا أفتيت فيمن أقر أنه ليس ابن فلان ثم ادعى أنه ابنه أنها تسمع، أما الطلاق فصوره العيني بما إذا اختلعت من زوجها ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع فإنه تقبل بينتها، ولها أن تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك. وفي البزازية: ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث ا هـ. وليس المراد حصر ما يعفى فيه التناقض بل المراد أن ما كان مبنياً على الخفاء فإنه يعفى فيه التناقض فمن ذلك ما في الظهيرية: اشترى

له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كان كفيلاً عنه بأمره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المكفول بما كفل لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء اهـ.

....

داراً لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهوداً فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الأب، ثم إن الأب باع من رجل وسلمها إليه ثم إن الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم بما صنع الأب فادعى الدار على المشتري وقال إن أبي اشترى هذه الدار لي من نفسه في صغري وهي ملكي وأقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي إنك متناقض في هذه الدعوى لأن استئجارك هذه الدار مني اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضاً قال: الصحيح أن هذا لا يصلح دفعاً لدعوى المدعي وإن كان هذا تناقضاً لأن هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فإن الأب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ا هـ. وفي البزازية معزياً إلى الصغرى: اشترى ثوباً في منديل ثم زعم أنه لم يعرفه قال تقبل. وفي الذخيرة: قيل لا يقبل في المسائل كلها. وفي العيون: قدم بلدة واشترى أو استأجر داراً ثم ادعاها قائلاً بأنها دار أبيه مات وتركها ميراثاً له وكان لم يعرفها وقت الاستيام لا تقبل قال: والقبول أصح. وفي المنية: اثنان اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل له هذا الشيء المعين من الذي كان داخلاً تحت القسمة إن قال إنه كان في صغري تقبل وإن مطلقاً لا. ذكر الوتار: تولى ولاية وقف أو تولى وصاية تركة بعد تبين كونه تركة أو قسم تركة بين ورثة ثم ادعاه لنفسه لا تسمع. اشترى جارية في نقاب ثم ادعاها وزعم أنه لم يعلمها لا يقبل، ولو اشترى ثوباً في منديل ثم ادعى أنه له لا يقبل قال محمد: النظر إلى ذلك الشيء إن كان مما يمكن أن يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المنتقبة بين يديه لا تقبل إلا إذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته إياها فتقبل، وإن كان مما لا يعرف كثوب في منديل أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيئاً يقبل ولأجل هذا الاختلاف أقاويل العلماء في القبول وعدمه في المسائل ا هـ. وفيها أيضاً: استأجر دابة من آخر ثم ادعى أنها كانت له اشتراها له أبوه في صغره وبرهن تقبل لأن التناقض يعفى فيما يجري فيه الخفاء فإن الأب ينفرد بالشراء للابن ومن الابن ا هـ. ومما يعفى فيه التناقض ما في البزازية: ادعى المالك على الغاصب قيمة العين لهلاكها ثم ادعى أنها باقية وبرهن تقبل لأنه موضع الخفاء ا هـ. ثم اعلم أن المتناقض الذي لا تسمع دعواه إذا قال تركت أحد الكلامين فإنه يقبل منه. قال في البزازية معزياً إلى الذخيرة: ادعاه مطلقاً فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيد أو برهن عليه فقال المدعي ادعيته الآن بذلك

قوله: (اعلم أن المتناقض الخ) قال في النهر: وفي هذا الاستخراج تأمل فتدبره اهـ. لأن ادعاء المطلق لا يناقض دعوى المقيد أولاً فتأمل وانظر ما نذكره عن الرملي في متفرقات القضاء عند قوله «ادعى داراً في يد رجل» لكن ذكر هناك عن البزازية ادعى عليه ملكاً مطلقاً ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بسبب يقبل ويسمع برهانه بخلاف العكس إلا أن يقول العاكس أراد بالمطلق الثاني المقيد الأول

مبيعة ولدت فاستحقت ببينة يتبعها ولدها وإن أقر بها لرجل لا وإن قال عبد لمشتر اشترني فأني

السبب وتركت المطلب يقبل ويبطل الدفع ا هـ. وفيها معزياً إلى المحيط، ادعى على آخر عند غير الحاكم بالشرء أو الإرث ثم ادعاه عند الحاكم ملكاً مطلقاً إن ادعى الشراء من معروف لا تقبل، وإن كان ادعاه من رجل مجهول أو قال من رجل ثم المطلق عند الحاكم يقبل، دلت المسألة أنه لا يشترط في التناقض كون المتدافعين في مجلس الحكم بل يكتفي بكون الثاني في مجلس الحكم ا هـ.

قوله: **(مبيعة ولدت فاستحقت ببينة يتبعها ولدها وإن أقر بها لرجل لا)** أي لا يتبعها ولدها تفريع على القاعدة الأولى وهي التعدي وعدمه، والمراد أنها ولدت من غير مولاها. وفي الكافي: ولدت لا باستيلاده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم لأنه تبع لها فيكتفي بها، وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الأصح. وفي النهاية: إنما لا يتبعها الولد في الإقرار إذا لم يدعه المقر له، أما إذا ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل. ولم يذكر المصنف متى ينفسخ البيع إذا ظهر الاستحقاق وفيه أقوال؛ قيل بقبض المستحق، وقيل بنفس القضاء، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه له قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح. وقال شمس الأئمة الحلواني: في الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخاً للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء، وفي ظاهر الروايات لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح ا هـ. وتمامه في فتح القدير. وفي البزازية من فصل الاستحقاق: واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشتري شيئاً كزوائد المغصوب ا هـ. وفيها من التناقض: برهن على جارية أنها له فقضى له بها وولدها في يد المدعى عليه لم يعلم به الحاكم فبرهن المدعي أنه ولدها يقضى به له أيضاً، فإن رجع شهود الأم بعد ذلك يضمنون قيمة الأم والولد لأن القضاء بالولد له بواسطة شهود الأم فإنهم لو رجعوا بعد القضاء بالأم قبل الحكم بالولد أو ارتدوا عن الإسلام أو فسقوا لا يحكم بالولد له إلا أن

لكون المطلق أزيد من المقيد وعليه الفتوى. قوله: **(ثم المطلق عند الحاكم)** أي ثم ادعى المطلق عند الحاكم. قوله: **(دلت المسألة أنه لا يشترط في التناقض الخ)** قال في النهر: والأوجه عندي اشتراطهما عند الحاكم إذ من شرائط الدعوى كونها لديه كما سيأتي والله تعالى الموفق اهـ. وذكر المؤلف في متفرقات القضاء من هذا الكتاب: اعلم أنهم اختلفوا في اشتراط كون الكلامين عند القاضي؛ فمنهم من شرطه، ومنهم من شرط كون الثاني عند القاضي فقط؛ ذكر القولين في البزازية. ولم يرجح وينبغي ترجيح الثاني اهـ. وسيأتي تمام الكلام هناك. قوله: **(وفي ظاهر الروايات لا ينفسخ ما لم يفسخ)** قال في الفتح: ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لأنه ذكر فيه أيضاً إذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك. قوله: **(شهدا**

عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة فلا شيء على العبد وإلا

يشهدوا بأنه ملك المدعي ولدته على ملكه جاريته. شهدا على رجل في يده جارية أنها لهذا المدعي ثم غابوا أو ماتوا ولها ولد في يد المدعى عليه يدعيه المدعى عليه أيضاً أنه له وبرهن المدعى عليه على ذلك لا يلتفت الحاكم إلى كلام المدعى عليه وبرهانه ويقضي بلولد للمدعي، فإن حضر الشهود وقالوا الولد كان للمدعى عليه يقضى بضمان قيمة الولد على الشهود كأنهم رجعوا، فإن كان الشهود حضوراً سألهم عن الولد، فإن قالوا أنه للمدعى عليه أو لا ندري لمن الولد يقضى بالأم للمدعي ولا يقضى بالولد فهذا يؤيد ما ذكرنا أولاً ا هـ.

قوله: **(وإن قال لمشتر اشترني فإني عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة فلا شيء على العبد)** تفريع على أن التناقض في دعوى الحرية معفو عنه فإن هذا الشخص أقر أولاً بالعبودية ثم ظهر بعد ذلك أنه حر بدعواه فكان متناقضاً لكنه معفو عنه في دعوى الحرية فتقبل الشهادة، وحينئذ فلا يدل وضعها على أنه لا يشترط الدعوى في الحرية العارضة بل العارضة والأصلية سواء في أنه لا بد من دعوى العبد عند أبي حنيفة وهو قول الجمهور وهو الصحيح لأنها حق العبد ولا يمنعها التناقض كما ذكرنا، وإنما لم يلزم العبد في هاتين الصورتين شيء لإمكان الرجوع على البائع القابض قوله: **(وإلا رجع المشتري على العبد والعبد على البائع)** أي وإن كان البائع غائباً غيبة غير معروفة بأن لم يدر مكانه فإنه المشتري يرجع على من قال له اشترني فأنا عبد بما دفع إلى البائع من الثمن ثم يرجع على من باعه بما رجع المشتري به عليه إن قدر. وإنما يرجع به على من باعه مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقاً عليه بغير أمره وليس مضطراً فيه فإنه لا يرجع به. وإنما قيد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت المبيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل أنا عبد لا رجوع عليه بشيء؛ كذا في فتح القدير، وفي العتابية من فصل الاستحقاق ما يخالفه فلينظر ثمة قوله: **(بخلاف الرهن)** أي لو قال ارتهني فأنا عبد فظهر حراً لم يرجع عليه بشيء من الأحوال كلها وهو ظاهر الرواية عنهم. وعن أبي يوسف أنه لا يرجع في البيع والرهن لأن الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة أو بالكفالة ولم يوجدا والموجود هنا مجرد الإخبار كاذباً فصار كما لو قال ذلك أجنبي وكما لو قال ارتهني فأنا عبد. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره فكان مغروراً من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للغرر بقدر الإمكان فكان بتغريره ضامناً لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع كالمولى إذا قال لأهل السوق بايعوا عبدي فإني قد أذنت له ففعلوا ثم ظهر أنه مستحق فإنهم يرجعون على المولى

على رجل في يده جارية الخ) قال في النهر: هذا يفيد أن القضاء بالولد محله ما إذا سكتا أما إذا بينا

....

بقيمة العبد ويجعل المولى بذلك ضامناً لدرك ما ذاب عليه دفعاً للضرر عن الناس بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة للاستيفاء فلا يجعل الآمر به ضامناً لأن ليس تغريراً في عقد معاوضة كما لو قال لسائل عن أمن الطريق أسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن، وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات غير أنه يستحق العقوبة عند الله تعالى، وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله لعدم اعتماده على قوله فلا يتحقق له الغرور. وفي النهاية معزياً إلى شرح الجامع الصغير لقاضيخان: وهذه المسألة دليل على أن العبد إذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة وفي الخانية: المغرور يرجع بأحد أمرين إما بعقد المعاوضة أو بقبض يكون للدافع كالوديعة والإجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم جاء رجل واستحق العين وضمن المودع والمستأجر فإن المودع والمستأجر يرجع على الدافع بما ضمن، وكذا كل من كان بمعناهما وفي الإجارة والهبة لا يرجع على الدافع بما ضمن ا هـ.

تتمة في الاستحقاق: أقر المشتري بأن المبيع ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقة هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له رجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول إذا لم يعلم عيبه ولا سلامته، ولو برهن المشتري على أنه ملك فلان لا تقبل لتناقضة بخلاف ما لو برهن على إقراره البائع لعدمه، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل وهي تدعي ذلك أو أنها ملك فلان هو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى، ولو باع عقاراً ثم برهن أنه وقف لا تقبل لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق، ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل، ولو برهنت أمة في يد المشتري أنها معتقة لفلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل إلا من كان قبل فلان. ولو اشترى شيئاً ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر البائع والمشتري لأن الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما، ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لأنه يقرر القضاء الأول ولا ينقضه، ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض. ولو قضى للمستحق بعد إثباته ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهراً وباطناً عنده. ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع

أنه للمدعى عليه أو قالوا لا ندري لا يقضى به. قوله: **(وهذه المسألة دليل على أن العبد إذا كفل**

....

المستحق من بائع بائعه قبل لأنه خصم، ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعه وهلك الثمن في يده تقبل، ولو استهلك أو رده لا يقبل، ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالإقرار لأنه يحتاج إلى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه. وذكر رشيد الدين أن المدعي لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة لأنها إنما تقبل على المنكر لا المقر. وذكر في موضع آخر اختلاف المشايخ قال: والأظهر والأقرب إلى الصواب أنه يقضي بالإقرار وهو يناقض ما ذكره في الاستحقاق إلا أن يخص تلك بعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضاء بإحدى الحجتين بعينها. ولو رد البائع الثمن بعد القضاء ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقايل، ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ، ولو أحب البائع أن يأمن من غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق بلا أرجع بالثمن أن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا: والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضاً يرجع عليه بإقراره أنه بائعه منه؛ كذا في فتح القدير بتمامه. وفي جامع الفصولين: المشتري إذا زكى شهود المستحق قال أبو يوسف: اسألِ عن الشاهدين فإن عدلا رجع المشتري بالثمن على بائعه وإلا يقتصر على المشهود عليه ولا يرجع بثمنه كالإقرار، ثم لو ادعى المشتري استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه فلا بد أن يفسر الاستحقاق ويبين سببه، فلو بينه فأنكر بائعه البيع فبرهن عليه يقبل ورجع بثمنه، وقيل يشترط حضرة المبيع لسماع البينة، وقيل لا وبه أفتى (ظ) بل لو ذكر شبه العبد وصفته وقدر ثمنه كفى شراه عالماً بأنه ليس لبائعه ثم استحق رجع بثمنه للمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه. ولو شرى أرضاً فبنى أو زرع أو غرس فاستحق يرجع المشتري بثمنه على بائعه ويسلم بناءه وزرعه وشجره إليه فيرجع بقيمتها مبنياً قائماً يوم سلمها إليه، فلو بنى المشتري بناء قيمته عشرة آلاف مثلاً وسكن فيه زماناً حتى خلق البناء وتغير وانهدم بعضه ثم استحق يرجع على بائعه بقيمة البناء يوم تسليمه ولا ينظر

بثمن نفسه الخ) قال في النهر: فإن أريد بالعبد الذي ظهر أنه حر فلا إشكال في صحة الكفالة حتى لو قال اشترني فأنا عبد وقد ضمنت لك الثمن فظهر أنه حر كان للمشتري الرجوع عليه بالثمن ولو كان البائع حاضراً، وإن أريد به الذي يظهر حريته وقد استحق من يد المشتري فسيأتي أنه إنما يطالب بالكفالة بعد العتق ولا كلام في الصحة

رجع المشتري على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن ومن ادعى حقاً في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها لم يرجع بشيء.

إلى ما كان أنفق، وإنما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه إلى البائع حتى لا يرجع بقيمة جص وطين. ولو كان البائع غائباً والمستحق أخذ المشتري بهدم بنائه فقال المشتري غرني بائعي وهو غائب قال أبو حنيفة: لا يلتفت إلى قول المشتري فيؤمر بهدمه وتدفع الدار إلى المستحق، فلو حضر البائع بعد هدمه لا يرجع المشتري على البائع بقيمة بنائه وإنما يرجع عليه لو كان البناء قائماً فسلمه إليه فهدمه وأخذ النقض، وأما لو هدمه فلا شيء على البائع. وهذا بخلاف ما مر في شجر وجص على البائع قيمة الشجر نابتاً في الاستحقاق وللمشتري الرجوع على وكيل البائع بقيمة البناء قائماً وبقيمة الولد للغرور. وإن عرف المشتري إن الدار لغير البائع ولم يدع البائع وكالة فبنى فاستحق لم يكن مغروراً، ولو ادعى المشتري أن البناء له وقال البائع لي فالقول للبائع، وإذا رجع المشتري على بائعه بالثمن وقيمة البناء قال أبو حنيفة: لا يرجع البائع على بائعه إلا بثمنه وعندهما يرجع بهما ا هـ. وتمامه فيه. وفي البزازية من الاستحقاق: ظهرت المشتراة حرة ومات البائع لا عن وارث وتركه وبائع البائع قائم نصب الحاكم عن البائع الثاني وصياً فيرجع المشتري عليه وهو يخاصم البائع الأول ا هـ.

قوله: **(ومن ادعى حقاً في دار)** أي مجهولاً **(فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشيء)** لجواز أن يكون دعواه فيما بقي وإن قل فما دام في يده شيء لم يرجع. قيد باستحقاق بعضها لأنها لو استحق كلها رجع بما دفع للتيقن بأنه أخذ عوضاً عما لا يملكه فيرده. ودل وضع المسألة على شيئين: أحدهما أن الصلح عن المجهول جائز لأنه لا يفضي إلى المنازعة. الثاني أن صحة الصلح لا تتوقف على صحة الدعوى لصحته هنا دونها حتى لو برهن لم يقبل إلا إذا ادعى إقرر المدعى عليه به. قيد بالمجهول لأنه لو ادعى قدراً معلوماً كربعها لم يرجع ما دام في يده ذلك المقدار، وإن بقي أقل منه رجع بحساب ما استحق وفي جامع الفصولين: شراه فبنى فاستحق نصفه ورد المشتري ما بقي على البائع له أن يرجع على بائعه بثمنه وبنصف قيمة البناء لأنه مغرور في النصف، ولو استحق نصفه المعين فلو كان البناء في ذلك النصف خاصة رجع بقيمة البناء أيضاً، ولو كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد البناء ولا يرجع بشيء من قيمة البناء. ولو اشترى نصفه مشاعاً فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصفه الباقي، ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصف الباقي وهو الربع. سئل بعضهم عمن اشترى أرضاً فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحق الأشجار هل لها حصة من الثمن؟ قال: لا كما في ثوب قن وقنة وبرذعة حمار فإن ما يدخل تبعاً لا حصة له من الثمن إلى آخره وثبت في بعض النسخ كما شرح عليه العيني.

فصل في بيع الفضولي

ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه أن بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه

فصل في بيع الفضولي

ولم تكن ثابتة عند الزيلعي فتركه وهو نسبة إلى الفضولي جمع الفضل أي الزيادة. وفي المغرب: وقد علمت جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل:

فضول بلا فضل وسن بلا سنا وطول بلا طول وعرض بلا عرض

ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي. وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وبفتح الفاء خطأ اهـ. وقيل: الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع ولم يرد في النسبة إلى الواحد وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصاري والأعرابي؛ كذا في النهاية. وفي فتح القدير: غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه، فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف فضولي يخشى عليه الكفر اهـ قوله: **(ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه إن بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضا)** يعني أنه صحيح موقوف على الإجازة بالشرائط الأربعة. وعند الشافعي لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية فيلغو لأنها ثبتت بالملك أو بإذن المالك وقد فقد أولاً انعقاد إلا بالقدرة الشرعية. ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله العاقل البالغ في محله وهو المال المتقوم فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وحقوق العقد فإنها لا ترجع إلى المالك، وفيه نفع العاقد بصون كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشتري لأنه أقدم عليه طائعاً ولولا النفع لما أقدم فتثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه، كيف وأن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع. واستدل أصحابنا في كتبهم بحديث عروة البارقي أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ وأخبره بذلك فقال عليه السلام: بارك الله لك في صفقتك. ورواه الترمذي عن عروة وحكيم بن خرام كما بينه في النهاية. وإنما شرط قيام المبيع والمتعاقدين لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيامها كما في الإنشاء، وإن كان الثمن عرضاً أي مما يتعين بالتعيين فلا بد من قيامه أيضاً لكونه مبيعاً، وإنما اشترط قيام المعقود له وهو المالك لأن العقد توقف على

فصل في بيع الفضولي

قوله: **(ثم رجع)** أي أبو يوسف. قوله: **(فإنه ينفذ بإجازة الوارث إذا لم يحل له وطؤها)** أي بأن كان الوارث ابن الميت وقد وطئها أبوه أو كانت أخته رضاعاً أو ورثها جماعة قد أجازوا كلهم،

....

إجازته فلا ينفذ بإجازة غيره، فلو مات المالك لم ينفذ بإجازة الوارث بخلاف القسمة الموقوفة فإنها تنفذ بإجازة الوارث عند الثاني؛ كذا في البزازية. ولو لم يعلم حال المبيع وقت الإجازة من بقاء وعدمه جاز البيع في قول أبي يوسف، أو لا وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ثم رجع وقال: لا يصح ما لم يعلم قيامه عندهما لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك. وقيد بالبيع لأن النكاح الموقوف لا يبطل بموت العاقد، ولو تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم مات المولى فإنه ينفذ بإجازة الوارث إذا لم يحل له وطؤها، وإذا أجاز المالك البيع وكان الثمن نقداً صار مملوكاً له أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. ولو لم يجز المالك وهلك الثمن في يد الفضولي اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله والأصح أن المشتري إن علم أنه فضولي وقت الأداء لا رجوع له وإلا رجع عليه؛ كذا في القنية. وصرح الشارح بأنه أمانة في يده فلا ضمان عليه إذا هلك سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها، وإن كان الثمن عرضاً كان مملوكاً للفضولي. وإجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد لأنه لما كان العوض متعيناً كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذاً فيكون ملكاً له وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد. ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثلياً وإلا فقيمته إن كان قيمياً لأنه لما صار البدل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمناً وإن لم يجز قصداً ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب قيمته عليه، ولا يشترط قيام المبيع في مسألة من مسائل الفضولي مذكورة في الخلاصة من اللقطة قال: الملتقط إذا باع اللقطة بغير أمر القاضي ثم جاء صاحبها بعدما هلكت العين إن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ اهـ. وهكذا قالوا في الملتقط إذا تصدق فهلكت العين فأجاز المالك بعد الهلاك صحت.

وقيد بالمالك في قوله «فللمالك أن يفسخه أو يجيزه» لأن للفضولي فسخة فقط حتى لو أجازه المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد

فلو بعضهم لم يجز أما لو ورثها من تحل له يبطل النكاح الموقوف كما مر في باب نكاح العبد لأنه طرأ حل بات على موقوف. قوله: **(وصرح الشارح بأنه أمانة في يده)** قال في منح الغفار: لكن ما صححه في القنية اعتمده شيخ شيخنا عبد البر في شرحه للنظم الوهباني قوله: **(وإجازة المالك إجازة نقد لا عقد)** أي إجازة أن ينقد البائع ما باع ثمناً لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد لأن العقد لازم على الفضولي هداية.

قوله: **(ولا يشترط قيام المبيع في مسألة الخ)** قال الرملي: هذه المسألة خرجت عن أن تكون

. . . .

الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته. وفي البزازية: وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة تحرزاً عن لزوم العقد بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي. وفي النهاية أن الفضولي في النكاح يملك فسخه بالفعل بأن زوج فضولي رجلاً امرأة برضاها وقبل إجازته زوجه بأختها فإن ذلك يكون فسخاً للنكاح الأول. وفي فتاوى قاضيخان: لا يكون فسخاً ويتوقف الثاني أيضاً. ثم الإجازة لبيع الفضولي يكون بالفعل وبالقول فمن الأول تسليم المبيع إجازة وكذا أخذه الثمن، ومن الثاني طلب الثمن وقوله أحسنت أو وفقت أو أصبت ليس بإجازة، وكذا كفيتني مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيراً. وفي المنتقى: لو قال بئس ما صنعت كان إجازة كقبض الثمن، ولو وهب المالك الثمن أو تصدق به على المشتري كان إجازة إن كان المبيع قائماً والسكوت بعد العلم لا يكون إجازة، ولو قال المالك أنا راضٍ ما دمت حياً كان إجازة بالأول، ولو قال امسكها ما دمت حياً لا لأن الإمساك لا يدل على الرضا. وفي فروق الكرابيسي: أسأت إجازة. ولو قال لا أجيز يكون رداً للبيع بخلاف المستأجر إذا قال لا أجيز بيع الآجر ثم أجازه جاز. وفي نوادر هشام: ولو قال أجزت إن باع بمائة درهم يجوز إن باع بأكثر، وإن باع بأقل لا يجوز. ولو باع بألف دينار لا يجوز وإنما ينظر إلى النوع الذي وصفه؛ كذا في البزازية. وفيها: وإذا أجاز المالك بيع الفضولي صار الفضولي كالوكيل حتى صح حطه عن الثمن علم المالك بالثمن أو لم يعلم. وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار إن شاء رضي به وإن شاء فسخ اهـ. وأشار

من مسائل الفضولي بل هي بيع المالك لأنه بالضمان استند الملك ونفذ البيع من جهته كبيع الغاصب إذا ضمنه المالك كما هو ظاهر، والمسألة مذكورة في غالب كتب المذهب كالبزازية وغيرها والله تعالى أعلم. ثم رأيت صاحب النهر تكلم بمثل ما تكلمته اهـ. وعبارة النهر: وليس هذا من إجازة بيع الفضولي في شيء بل إنما نفذ بيعه لثبوت الملك للبائع بأداء الضمان ضرورة فلا استثناء حينئذ فتدبره. قوله: **(وفي البزازية وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة الخ)** إن قلت يأباه ما سيأتي في المتن من أن المشتري إذا برهن على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم يقبل. قلت: لا تنافي بينهما لأن ما سيأتي مفروض فيما إذا اختلف البائع والمشتري فادعى المشتري أن البيع بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك، فيحمل ما في البزازية على ما إذا تصادقا على البيع بغير أمر المالك فاختلف الموضوع فافهم حاشية أبي السعود. قوله: **(وكذا أخذه الثمن)** قال الرملي: لم أر في كلامهم حكم ما إذا قبض بعض الثمن هل يكون إجازة أم لا، وينبغي أن يكون إجازة لدلالته على الرضا، ولتصريحهم في نكاح الفضولي بأن قبض بعض المهر يكون إجازة، ولأن الظاهر أن الألف واللام في الثمن لإفادة الجنس لمحرره الغزي اهـ. قوله: **(وأشار المؤلف باشتراط قيام المبيع إلى قوله**

....

المصنف باشتراط قيام المبيع أي باسمه وحاله إلى أنه لو أجازه بعد صبغ الثوب المشتري فإنه لا يجوز ولو ولدت الأمة ثم أجاز المالك البيع يكون الولد مع الأمة للمشتري، ولو انهدم الدار ثم أجاز المالك البيع يصح لبقاء العرصة. ولم يذكر المؤلف حكم تسليم المبيع من الفضولي فلو سلمه فهلك فللمالك أن يضمن أيهما شاء فأيهما اختار ضمانه برئ الآخر لأن في التضمين تمليكاً منه فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع لأن أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري على البائع بالثمن لا بما ضمن، وإن اختار تضمين البائع ينظر؛ إن كان قبض البائع مضموناً عليه نفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه قد تم عقده، وإن كان قبضه أمانة فإنما صار مضموناً عليه بالتسليم بعد البيع فلا ينفذ بيعه بالضمان لتأخر سبب ملكه عن العقد.

وقد ذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع، ووجهه أنه سلم أولاً ثم صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كالمغصوب؛ كذا في البزازية: وقيد بالبيع لأنه إذا اشترى لغيره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أم لا. وإن لم يجد نفاذاً يتوقف على إجازة من المشتري له كالصبي المحجور يشتري شيئاً لغيره فيتوقف هذا إذا أضاف العقد إلى نفسه، أما إذا أضافه إلى غيره بأن يقول بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان يتوقف على أجازته، وأما إذا قال اشتريت منك بكذا الأجل فلان فقال البائع بعت أو قال البائع بعت منك لفلان فإنه يقع الشراء للمخاطب لا لفلان، والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازة فلان. ولو اشترى عبداً وأشهد أنه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشتري لأنه إذا لم يكن وكيلاً بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالإجازة بعد ذلك وهي تلحق العقد الموقوف لا النافذ، فإن دفع المشتري إليه العبد وأخذ الثمن كان بيعاً بالتعاطي بينهما، ولو ظن المشتري والمشتري له أن الملك وقع للمشتري له فسلمه له بعد قبض ثمنه لا يسترد بلا رضا المشتري له ويجعل كأنه ولاه، وإن علما أن الشراء وقع للمشتري بعده وإن زعم المشتري له أن الشراء كان بأمره ووقع الملك له والمشتري أنه كان بلا أمره ووقع الشراء للمشتري فالقول للمشتري له لأن الشراء بإقراره وقع له؛ كذا في البزازية.

لو أجازه بعد صبغ الثوب المشتري فإنه لا يجوز) كذا في البزازية، وفي منح الغفار ما يخالفه فإنه قال: والمراد بكون المبيع قائماً أن لا يكون متغيراً بحيث يعد شيئاً آخر فإنه لو باع ثوب غيره بغير أمره وصبغه المشتري فأجاز رب الثوب البيع جاز، ولو قطعه وحاطه ثم أجاز البيع لا يجوز لأنه صار شيئاً آخر اهـ. والمسألة بهذا اللفظ دون التعليل في التتارخانية عن فتاوى أبي الليث.

قوله: **(والصحيح أنه إذا أضيف العقد في أحد الكلامين إلى فلان يتوقف الخ)** ظاهره أنه يتوقف وإن أضيف في الكلام الآخر إلى الفضولي، ويأتي قريباً أن أصح الروايتين في هذه الصورة أنه

. . . .

وفي فروق الكرابيسي: شراء الفضولي على أربعة أوجه: الأول أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف. الثاني أن يقول البائع بعت من فلان بكذا والمشتري يقول اشتريته لأجله أو قبلت يتوقف. الثالث أن يقول البائع بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ على المشتري. الرابع لو قال اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك بطل العقد في أصح الروايتين. والفرق أنه خاطب المشتري والمشتري يسترد لغيره فلا يكون جواباً فكان شرط العقد بخلاف الفصلين الأولين إذا العقد أضيف إلى فلان في الكلامين، وبخلاف الفصل الثالث لأنه وجد نفاذاً على العاقد وقد أضيف العقد إليه اهـ. وأشار المؤلف بثبوت الفسخ والإجازة للمالك إلى أن الفضولي لو شرط الخيار للمالك فإن العقد يبطل ولا يتوقف لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلاً؛ كذا في فروق الكرابيسي.

وقيد ببيع ملك الغير لأنه لو باع ملك نفسه مشغولاً بحق الغير كالرهن إذا باعه الراهن والعين المؤجرة إذا باعها المؤجر يتوقف العقد على إجازة المرتهن والمستأجر فيملكانها دون الفسخ على الصحيح كما سيأتي، وفرق بينهما الكرابيسي فجعل للمرتهن الإجازة والفسخ دون المستأجر فلا يملكه فارقاً بأن المستأجر حقه في المنفعة، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط وهو استيفاء حكمي. وتفرع على الفرق ما لو تعدد بيع المؤجر فأجاز المستأجر الثاني نفذ الأول، ولو تعدد بيع الرهن فأجاز المرتهن الثاني نفذ لا الأول اهـ. ولو قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره لمالكه لكان أولى لأنه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً كما في البدائع. ولا بد أن يقول بغير إذنه ليكون فضولياً ولو تعدد تصرف الفضولي كأمة

يبطل. قوله: **(وفي فروق الكرابيسي شراء الفضولي على أربعة أوجه)** قال في البزازية: قال بعت لفلان وقال المشتري اشتريت أو قبلت لفلان أو لم يقل لفلان أو قال الفضولين بع لفلان فقال بعت وقال اشتريت لفلان توقف، ولو قال بعت منك فقال الفضولي اشتريت أو قبلت ونوى بقلبه لفلان لا يتوقف، أو قال الفضولي اشتريت لفلان وقال البائع بعت منك الأصح عدم التوقف، ولو قال بعت هذا منك لفلان فقال المشتري اشتريت أو قبلت أو قال المشتري اشتريت لأجل فلان وقال البائع بعت لا يتوقف وينفذ اتفاقاً، ولو قال الفضولي اشتريت لفلان على أنه بالخيار ثلاثاً لا يتوقف بخلاف شرائه لفلان بلا خيار اهـ من التاسع في الوكالة بالشراء وفيه الفضولي. وفي الخانية بعد قوله «لا يتوقف»: وإنما يتوقف شراء الفضولي إذا اشترى بغير خيار. قوله: **(بطل العقد في أصح الروايتين)** وعلى هذا فالاكتفاء بالإضافة في أحد الكلامين بأن لا يضاف إلى الآخر نهر أي الاكتفاء بالإضافة إلى فلان على ما مر تصحيح مصور بأن لا يضاف إلى المشتري بأن يقول البائع بعت ولا يقول منك، فإذا أضيف لا يتوقف، وإن زاد على ذلك لفلان لا يتوقف أيضاً لكنه ينفذ كما قدمناه عن البزازية. قوله: **(فيكون الشرط له مبطلاً)** قال في النهر: كان ينبغي أن يكون الشرط لغواً فقط فتدبره.

لو عرضاً وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز

باعها فضولي من رجل وزوجها منه آخر فأجيزا معاً يثبت الأقوى فتصير مملوكة لا زوجة. ولو زوجاها كل من رجل فأجيز بطلاً، ولو باعها كل من رجل فأجيزا تتنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك. ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجه فأجيزا معاً ثبت الأقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لأن البيع أقوى، وكذا تثبت الهبة إذا وهبه فضولي وآجره آخر. وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة بخلاف غيرها، والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن، والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة فضولي عبداً وبيع آخر إياه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك. وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف، ولو تبايع غاصبا عرضي لرجل واحد فأجاز المالك لم يجز لأن فائدة البيع بثبوت الملك في الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم يلحقه إجازة. ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز. ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا

قوله: **(وفرق بينهما الكرابيسي الخ)** جزم به في الخانية في فصل البيع الموقوف. وفي الفتح: وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر، وفي المرتهن اختلاف المشايخ، وذكر قبله أن للمشتري خيار الفسخ إن لم يعلم وقت البيع بالإجارة والرهن، وإن علم فكذلك عند محمد، قيل وهو ظاهر الرواية، وعند أبي يوسف لا، وقيل هو ظاهر الرواية اهـ. وفي تصحيح الشيخ قاسم أن المشايخ أخذوا بهذه الرواية اهـ. لكن ذكر في جامع الفصولين أن الأول قول أبي حنيفة ومحمد وأنه ظاهر الرواية، وفي حاشيته للرملي عن الغزي أنه هو الصحيح وعليه الفتوى كما في الولوالجية. ونقل الرملي فيها منية المفتي أنه الأصح، وفيها عن الزيلعي أن المرتهن ليس له الفسخ في أصح الروايتين. وفي جامع الفصولين عن الخانية: لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق، وكذا المرتهن إذا قضى دينه. وفيه عن الذخيرة: البيع بلا إذن المستأجر نفذ في حق البائع والمشتري لا في حق المستأجر، فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع ولا حاجة إلى التجديد وهو الصحيح. ولو أجازه المستأجر نفذ في حق الكل ولا ينزع من يده ليصل إليه ماله إذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده. وعن بعض بعضنا أنه لو باع وسلم وأجازهما المستأجر بطل حق حبسه، ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اهـ. قوله: **(الثاني)** مفعول أجاز وهو صفة لمحذوف أي أجاز البيع الثاني. قوله: **(ولو قال المصنف باع ملك غيره لمالكه لكان أولى)** أي لأجل مالكه. قال الرملي: لم يذكر أحد من مشايخ المذهب الواضعين للمتون هذا القيد وأقول: تركه متعين يدل عليه توقف بيع الغاصب كما صرحوا به من غير قيد، وكما صرحوا به في الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد على الإجازة لا نقضه في ظاهر الرواية، والظاهر أن ما قاله في البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية فتأمل، وارجع إلى فروع ذكرت في المحلين المذكورين يظهر

....

الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لا تتعين في المعاوضات، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب؛ كذا في فتح القدير من آخر الباب. وأما وصية الفضولي كما إذا أوصى بألف من مال غيره أو بعين من ماله فأجاز المالك فهو مخير إن شاء سلمها وإن شاء لم يسلم كالهبة؛ كذا في القنية من الوصايا. وبه علم حكم هبة الفضولي وسيأتي في الصلح بيان صلح الفضولي. والظاهر من فروعهم أن كل ما صح التوكيل به فإنه إذا باشره الفضولي يتوقف إلا الشراء بشرطه السابق.

قوله: **(وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه)** وهذا عندهما. وقال محمد: لا يجوز عتقه أيضاً لأنه لم يملكه. وفي الحديث «لا عتق لابن آدم فيما لا يملك»[1] وهذا لأن عقد الفضولي موقوف وهو لا يفيده لعدم النفاذ وثبوته عند الإجازة استناداً فهو ثابت من وجه زائل من وجه فلا يصلح شرطاً للإعتاق وهو الملك الكامل لإطلاقه في الحديث وهو للكامل، ولذا لو أعتقه الغاصب ثم أدى الضمان لم يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب بأداء الضمان ولا ينفذ بيع المشتري بإجازة المالك الأول، وكذا لو أعتقه المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع لا ينفذ عتقه، وكذا إذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الأول لم ينفذ البيع الثاني مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق حتى صح بيع المكاتب والمأذون دون عتقهما، ولذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه، ولو أعتقه ثم أدى الضمان لم ينفذ، وكذا

لك ما قلناه فتدبر. ثم رأيت في شرح تنوير الأبصار لمصنفه أقول: يشكل على هذا أي على ما نقله شيخنا عن البدائع ما قالوه من أن المبيع إذا استحق لا ينفسخ العقد في ظاهر الرواية بقضاء القاضي بالاستحقاق وللمستحق إجازته. وجه الإشكال أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة ويشكل عليه بيع الغاصب فإنه يتوقف على الإجازة فالظاهر ضعف ما في البدائع، فلا ينبغي أن يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب اهـ. وهو عين ما قلناه ثم قال في شرح قوله «ووقف بيع الغاصب»: لكن ظاهر إطلاق المشايخ التوقف على الإجازة يشكل ما قاله إلا أن يحمل على ما ذكرنا اهـ. والذي ذكره الحمل على أنه باعه لمالكه، ولا يخفى ما في هذا الحمل من البعد جداً فليتأمل اهـ. قلت: ويظهر لي أن ما في البدائع لا إشكال وإن ما فهمه المؤلف غير مراد البدائع، وذلك أن قول البدائع «لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً» معناه باعه من نفسه لأنه يلزم أن يكون بائعاً ومشترياً فاللام فيه بمعنى «من» فإنه قد يقال بعت له وبعت منه فاللام في عبارة البدائع ليست للتعليل حتى يكون احترازاً عما لو باعه لمالكه فكان على المؤلف أن يقول «ولو قال المصنف باع ملك

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الطلاق باب ٧. الترمذي في كتاب الطلاق باب ٦. ابن ماجه في كتاب الطلاق باب ١٧. أحمد في مسنده (٢/ ١٩٠).

....

لو باعه الغاصب فأعتقه المشتري منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه. ولهما أن الملك موقوف فيه فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه كإعتاق المشتري من الراهن يتوقف وينفذ بإجازة المرتهن وإعتاق المشتري من الوارث حال استغراق التركة بالدين فأجاز الغرماء البيع، وإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة به فقضى الدين أو أبرأ الغرماء فإنه ينفذ. وهذا لأن العتق من حقوق الملك والشيء إذا توقف توقف بحقوق، وإذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف إعتاق الغاصب نفسه لأنه لم يوضع للملك وإنما يملكه ضرورة أداء الضمان فلم يكن مثبتاً له للحال ولا سبباً له، ولذا لا يتعدى إلى الزوائد بخلاف الملك في بيع الفضولي فإنه يتعدى إلى الزوائد المتصلة والمنفصلة، وبخلاف ما إذا كان فيه خيار البائع لأنه ليس بمطلق والكلام فيه وهو مانع من انعقاده في الحكم أصلاً فلم يوجد الملك فيه. قيد بعتق المشتري لأن عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لما بيناه، وقيد بإجازة بيعه لأنه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب ولكن يرد عليه أن المشتري إذا أدى الضمان ينفذ على الصحيح لأن ملك المشتري ثبت مطلقاً بسبب مطلق وهو الشراء بخلاف الغاصب لأنه سبب ضروري فكان الملك فيه ناقصاً؛ هكذا ذكر الشارح، فقد فرق بين أداء الغاصب الضمان وبين أداء المشتري منه. وصرح في الهدية بأن عتق المشتري ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وهو الأصح، فلا فرق بين أداء الضمان من الغاصب أو من المشتري منه، وجرى على ذلك في البناية. فلو قال المؤلف بإجازة بيعه أو أداء الضمان لكان أولى. وكذا لو قال وصح عتق مشتر من فضولي لكان أولى، لأنه لا يشترط أن يكون غاصباً لأنه لو لم يسلم المبيع فالحكم كذلك، ولعله إنما ذكره لأجل البيع لأن بيع العبد قبل قبضه فاسد، وفي فتح القدير: وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف: ما

غيره لغيره الخ» ويؤيد ما قلناه أنه في النهر قال كذلك ونصه: ومن باع ملك غيره يعني لغيره أما إذا باع لنفسه لم ينعقد؛ كذا في البدائع. قوله: **(والظاهر من فروعهم الخ)** قال الرملي: المراد بما يصح التوكيل به من العقود والإسقاطات ليخرج قبض الدين. قال في جامع الفصولين: وفي (فش) من قبض دين غيره بلا أمر ثم أجاز الطالب لم يجز قائماً أو هالكاً. وقال في منح الغفار في شرح قوله كل تصرف صدر منه وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفاً من بيع أو نكاح أو طلاق أو هبة، وكذا كل ما صح به التوكيل كما صرح به الكمال في شرح الهداية حيث قال: تصرفات الفضولي تتوقف عندنا إذا صدرت وللتصرف مجيز أي من يقدر على الإجازة، سواء كان تمليكاً كالبيع والإجارة والهبة والتزويج والتزوج أو إسقاطاً حتى لو طلق رجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجازه طلقت وعتق اهـ فتأمل. قوله: **(من الغاصب)** متعلق بالمشتري. قوله: **(لأنه)** أي الغصب قوله: **(لأنه لا ينفذ بأداء الضمان)** أي بأداء الغاصب الضمان. قوله: **(لأن ملك المشتري)** يوهم أنه علة للورود مع أنه بيان

....

رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وإنما رويت أن العتق باطل. وقال محمد: بل رويت لي أن العتق جائز وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً، وأقل ما هنا أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة. قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه اهـ.

وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لا يصح لبطلان عقده بالإجازة فإن بها يثبت الملك للمشتري باتاً والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه، فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لا يتصور اجتماع البات والموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات وإلا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف؛ كذا في فتح القدير. وقيد بالعتق لأن في التفويض من الفضولي للمرأة إذا جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لم تطلق وإنما ثبت التفويض الآن، فإن طلقت نفسها الآن طلقت وإلا فلا. والأصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه، ويتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً وإلا احتجنا أن نجعله سبباً للحال متأخراً حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يتعلق فيجعل سبباً في الحال فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد. وأما التفويض فاحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي متعلقاً بالإجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستنداً فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة، وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سبباً لمطلق الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له. ثم اعلم أن ظاهر قولهم إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله أن بيع

للفرق. قوله: **(وإلا فقد كان فيه ملك بات)** أي إن لم نقيد بهذا القيد يرد علينا أنه كان في ذلك المحل الواحد ملك بات لمالكه وملك موقوف للمشتري. قوله: **(ثم اعلم أن ظاهر قولهم)** إلى آخر ما ذكره من الإيراد والجواب عن ذلك جميعه فيه تأمل فقد قال في جامع الفصولين: لو باعه المشتري من غاصب ثم وثم حتى تداولته الأيدي فأجاز مالكه عقداً من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الإجازة، فإذا أجاز عقداً منها جاز ذلك خاصة. وقال قبله رامزاً: لو فعله المشتري من الغاصب ثم أجاز مالكه بيع غاصبه لم يجز بيع المشتري وفاقاً، وأما عتقه فلم يجز قياساً وهو قول محمد، وعندهما نفذ استحساناً. وقال بعد هذا كله رامزاً: لو ضمن مالكه غاصبه نفذ البيع الأول وبطل بيع المشتري إذ ملك الأول بات وملك الثاني موقوف. وقال بعضهم: ينفذ الثاني والثالث لأنه لما ضمن ملكه من وقت غصبه فكأنه باع ملك نفسه ثم وثم فجاز الكل اهـ. فتحرر أن بيع المشتري من الغاصب موقوف وإذا أجازه المالك جاز خاصة فقوله «ثم اعلم أن ظاهر قولهم الخ» يدل على أنه

فارشه لمشتريه وتصدق بما زاد على نصف الثمن ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري

المشتري من الغاصب ينعقد موقوفاً وإنما يبطل بطروّ الملك البات بإجازة بيع الغاصب. وقد قال في النهاية: إنه لم ينعقد أصلاً لتجرده عرضة للانفساخ. وقد يقال: فائدته لو أجاز المالك بيع المشتري من الغاصب لا بيع الغاصب ينبغي أن يصح بخلاف ما إذا أجاز بيع الغاصب وجوابه أن بيع المشتري لم ينعقد أصلاً لما قدمناه عن البدائع أن الفضولي إذا باع ملك غيره لنفسه لم ينعقد، وإنما ينعقد إذا باعه لمالكه وهنا باعه المشتري لنفسه فالظاهر ما في النهاية ولذا قال في المعراج: إن المشتري من الغاصب إذا باع لا يتوقف ملكه لأن فائدة التوقف النفاذ ففي كل صورة لا يتحقق النفاذ لا يتوقف كبيع الحر. وأورد على الأصل ما إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان فإنه ينفذ بيعه مع أنه طرأ ملك بات وهو ملك الغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الموقوف. وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري.

قوله: **(ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز فأرشه لمشتريه)** لأن الملك ثبت له من وقت الشراء لما قدمناه فتبين أن القطع ورد على ملكه، وعلى هذا كل ما يحدث في المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الإجازة فهو للمشتري وهذه حجة على محمد، والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى، وكذا إذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الأرش للمشتري بخلاف الإعتاق لافتقاره إلى كمال الملك. قيد بالمشتري لأن يده لو قطعت عند الغاصب ثم

لم ير النقل الصريح. وقوله «وجوابه أن بيع المشتري لم ينعقد أصلاً لما قدمناه» يخالف ما علله به في النهاية والمعراج فتدبر ذلك. غايته أن ما في النهاية والمعراج مخالف لما في جامع الفصولين وغيره من الكتب والله تعالى أعلم اهـ. قوله: **(وقد يقال الخ)** نقض لقوله لتجرده عرضة للانفساخ بأنه ليس كذلك لإمكان بقائه على الصحة. قوله: **(لما قدمناه عن البدائع)** قال الرملي: قد كتبنا في الحاشية قريباً ما في ذلك من النظر اهـ. أي من أنه مخالف لتعليل النهاية والمعراج ومن أن ما في البدائع ضعيف كما مر بيانه. قوله: **(وأورد على الأصل ما إذا باع الخ)** قال في حاشية مسكين: تعقبه شيخنا بأنه غير وارد إذ قولهم إن الملك البات إذا طرأ على موقوف أبطله ليس على إطلاقه، بل مقيد بما إذا طرأ لغير من باشر الموقوف كما في البزازية عن القاعدي ونصه الأصل أن من باشر عقداً في ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه، وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ على خلاف ما ذكرنا، وطرو البات إنما يبطل الموقوف إذا حدث لغير من باشر الموقوف كما إذا باع المالك ما باعه الفضولي من غير الفضولي ولو ممن اشترى من الفضولي أما إن باعه من الفضولي فلا اهـ. قلت: وعلى هذا الأصل ففي مسألة بيع المشتري من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشتري لأن الملك البات للغاصب طرأ على ملك موقوف باشره هو، وأما بالنسبة إلى المشتري فقد

على إقرارا البائع أو رب العبد على أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل وإن أقر البائع عند

ضمن قيمته لا يكون الأرش له لأن الغصب ليس بسبب موضوع للملك، ولو أعتقه المشتري من الغاصب فقطعت يده ثم أجيز البيع فالأرش للعبد؛ كذا في فتح القدير. وقطع اليد مثال والمراد أرش جراحته للمشتري قوله: **(وتصدق بما زاد على نصف الثمن)** لأن فيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو الذي كان في مقابلة الثمن ففيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك، وأراد وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما في فتح القدير. وقيد بما زاد لأنه لا يتصدق بالكل وإن كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضموناً عليه بخلاف ما زاد ووزع في الكافي فقال إن لم يكن مقبوضاً ففيما زاد ربح ما لم يضمن وإن كان مقبوضاً ففيه شبهة عدم الملك قوله: **(ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري على إقرار البائع أو رب العبد على أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل)** أي بينته لبطلان دعواه بالتناقض إذ إقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه والبينة لا تبتني إلا على دعوى صحيحة، فإذا بطلت الدعوى لا تقبل. وقوله «بغير أمره» زائد وإن وقع في الجامع الصغير لأنه ليس من صورة المسألة. ولا يشكل هذا بما ذكره في الزيادات أن المبيع إذا ادعاه رجل فصدقه المشتري فدفع إليه ثم برهن على إقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن تقبل بينته لأن العبد في يد المشتري هنا وهناك في يد المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع هنا ورجع هناك. وقيل: اختلف الجواب لاختلاف الوضع، فموضوع ما ذكر هنا فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل البيع بأن المبيع للمستحق وإقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون مناقضاً، وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما إذا برهن أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا تناقض وهذا هو الأوجه، فإن في مسألة الزيادات العين في يد المشتري أيضاً كما في غاية البيان. وأشار المصنف رحمه الله تعالى بعدم قبول البينة إلى عدم قبول قوله لو لم يكن له بينة، فلو ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الأمر فادعى البائع الأمر فالقول لمن يدعي الأمر لأن الآخر متناقض، وليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة. واعترض في البناية قولهم إنه متناقض فلا تسمع دعواه ولا بينته بأن التوفيق ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع، وهذا الموضع موضع تأمل اهـ. قلت: لا اعتراض ولا تأمل لأنه وإن أمكن التوفيق لم تقبل

طرأ على ملك موقوف لغير من باشره لأن المباشر للبيع الثاني الموقوف هو المشتري نعم لو أجاز عقد المشتري يكون طروّ البات لمن باشر الموقوف تأمل

القاضي بأن رب العبد لم يأمره بالبيع بطل البيع إن طلب المشتري ذلك ومن باع دار غيره فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع.

لكونه ساعياً في نقض ما تم من جهته، وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، فقولهم إن إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعياً في نقض ما تم من جهته والتقييد بدعوى المشتري مثال لأن البائع لو ادعى إقرار المشتري بأن المالك لم يأمره لم يقبل أيضاً. قال في الخلاصة والبزازية: عبد معروف لرجل في يد آخر باعه رجل قال البائع بعت بلا أمر المالك وبرهن على إقرار المشتري أنه باعه بغير أمر المالك لا يقبل للتناقض ولا يملك تحليف المالك، وكذا لو ادعى المشتري أيضاً فساد العقد دون البائع. وأصله أن من سعى في نقض ما تم من جهته لا يقبل إلا في موضعين: اشترى عبداً وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل. الثاني وهب جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أن استولدها وبرهن تقبل ويستردها والعقر اهـ. وعللوه في الثانية بأنه تناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى. قال في فتح القدير: وعندي أن هذا غير صحيح لأنه إنما قبل في الحرية للخفاء ولا خفاء في التدبير والاستيلاد لأنه لا يخفى على الفاعل فعل نفسه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته اهـ. والجواب أنه إنما قبل وإن كان متناقضاً حملاً على أنه فعل ذلك ثم ندم وتاب إلى الله تعالى فأقر بتدبيره أو استيلادها أو عتقه فقبل حملاً لخروجه عن المعصية بخلاف التناقض في دعوى الملك فإنه غير مسموع. وفي البزازية: وقول المشتري بعد القبض أعتقه بائعه أو دبره أو كان حراً لأصل مقتصر على نفسه لا يتعدى إلى بائعه بلا بينة وولاؤه موقوف، فإن برهن رجع بالثمن واستقرار الولاء على البائع، وإن برهن على تحريره إن أقر بالبيع قبله من فلان إن صدقه فلان أخذ العبد لا إن كذبه اهـ. ومن فصل الاستحقاق لو أقر بعبد أنه ملك البائع واشترى منه ثم استحق منه فإنه يرجع بالثمن على البائع اهـ.

قوله: **(وإن أقر البائع عند القاضي بأن رب العبد لم يأمره بالبيع بطل البيع إن طلب المشتري ذلك)** لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فينتفيان فينتقض في حقهما وهو المراد ببطلان البيع في عبارته لا في حق رب العبد إن كذبهما وادعى أنه كان أمره، فإذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لأنه وكيله وليس له مطالبة المشتري لبراءته بالتصادق. وعند أبي يوسف له أن يطالبه فإذا أدى رجع به على البائع بناء على إبراء الوكيل. ولو كان على العكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله، فإن برهن الوكيل لزمه وإلا استحلف المالك، فإن حلف لم يلزمه، وإن نكل لزمه. ولو غاب المالك بعد الإنكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لأنه ثبت عند

باب السلم

ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه وما لا فلا فيصح في المكيل فالبر

القاضي أن البيع كان موقوفاً، فإن طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك على أنه لم يأمره لم يؤخر لأن سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لأجل اليمين. فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وإن نكل عاد البيع، ولو كان المالك حاضراً وغاب المشتري لم يأخذ العبد لأن البيع صح ظاهراً فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد أنه ما أمره ببيعه، فإن نكل ثبت أمره، وإن حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب إذا باع المغصوب ثم ملكه بأداء الضمان. ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام البينة على إقرار المالك بأنه لم يأمره لم يقبل لما بيناه من التناقض، ولو أقامها على إقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما إذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فإنها لا تقبل لأنه في حياته أصيل فيه فيمتنع بالتناقض، وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى حال حياته لا يكون مناقضاً بخلاف شريكه البائع حيث يكون مناقضاً ولمشتريه أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أن المولى أمره ببيعه، فإن نكل ثبت الأمر، وإن حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن، وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه. هذا إذا أقر المشتري بأن العبد ملك الآمر وإن أنكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه، ولغا توكيل بائعه في خصومته كيلا يصير البائع ساعياً في نقض ما تم من جهته. وقوله «عند القاضي» ليس بقيد لما في البناية أن إقراره عند القاضي وغيره سواء إلا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلذا ذكر قوله «عند القاضي» اهـ. وقوله «إن طلب المشتري ذلك» أي إبطال البيع قوله: **(ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع)** يعني إذا أقر البائع بالغصب وأنكر المشتري لأن إقراره لا يصدق على المشتري ولا بد من إقامة البينة حتى يأخذها، فإذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافاً إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع لأن الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم أن قوله «وأدخلها المشتري في بنائه» اتفاقي، وإنما ذكره ليعلم حكم غيره بالأولى. وفي الهداية لم يضمن البائع عند أبي حنيفة كمن أقر بالغصب وهو قول أبي يوسف آخراً وكان يقول أولاً يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار. وأراد بالدار العرصة بقرينة أدخلها في بنائه والله أعلم.

باب السلم

لما كان من أنواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف أخرهما وقدمه على الصرف

باب السلم

قوله: **(وفي المعراج أن الهمزة فيه للسلب)** قال في الفتح: وجعل الهمزة في «أسلمت إليك»

....

لأن الشرط في الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالاً بتدريج. وخص باسم السلم لتحقق إيجاب التسليم شرعاً فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال، وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه ﷺ هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم إليه. وهو في اللغة السلف قال في الصحاح: أسلم الرجل في الطعام أسلف فيه. وفي المصباح: السلم في البيع مثل السلف وزناً ومعنى وأسلمت إليه بمعنى أسلفت أيضاً اهـ. وفي المعراج أن الهمزة فيه للسلب أي أزال سلامة الدراهم بتسليمها إلى مفلس في مؤجل. وفي الفقه على ما في السراج والعناية: أخذ عاجل بآجل. وتعقبه في فتح القدير بأنه ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل. وعرفه أيضاً بأنه بيع آجل بعاجل. والظاهر أن قولهم أخذ عاجل بآجل من باب القلب والأصل أخذ آجل بعاجل وهو أولى مما في البناية من أن قولهم أخذ عاجل بآجل تحريف من الناسخ الجاهل فاستمر النقل على هذا التحريف. وركنه ركن البيع من الإيجاب والقبول، وينعقد بلفظ البيع على الأصح اعتباراً للمعنى ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضاً ويسمى الآخر المسلم إليه، والحنطة مثلاً المسلم فيه، وستأتي شرائطه مفصلة أيضاً. وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وحكمه ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على أنعقاد مبادلة أخرى والمؤجل المطالبة بما في الذمة ودليله من الكتاب آية

للسلب بمعنى أزلت سلامة المال حيث سلمته إلى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالكاً، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة تواثه عليه، وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء اهـ. قوله: (**أخذ عاجل بآجل**) هذا ناظر إلى جانب المسلم إليه فالمأخوذ الثمن ولذا عبر بالأخذ دون البيع، وأما تعريفه بأنه بيع آجل بعاجل فهو ناظر إلى جانب رب السلم وكأن الأولى إبدال البيع بالشراء وكلا التعريفين صحيح. وبه يندفع التعقب على الأول ودعوى القلب والتحريف. هذا ما ظهر لي وهو الموافق لما رأيته في النهر كما سنذكره وهو ظاهر التعليل الذي سيذكره عند قول المتن «وقبض رأس المال قبل الافتراق» فانظره ثمة. قوله: (**والظاهر أن قولهم أخذ عاجل بآجل من باب القلب والأصل أخذ آجل بعاجل وهو أولى مما في البناية من أن قولهم أخذ عاجل بآجل تحريف الخ**) كذا في بعض النسخ، وفي بعضها «والظاهر أن قولهم أخذ عاجل بآجل تحريف الخ» قال في النهر: لكن في الحواشي السعدية قال: يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوي إذ الأصل هو عدم التغيير إلا أن يثبت بدليل اهـ. أي لما في المغرب: سلف في كذا وأسلف وأسلم إذا قدم الثمن فيه؛ نقله عنه في النهر. وقول النهر «وجزم في البحر بأن الأول تحريف وبعده لا يخفى ثم قال بعد كلام السعدية: وبه اندفع ما في البحر من أنه تحريف» اهـ مبني على ما في بعض النسخ. قوله: (**على انعقاد مبادلة أخرى**) أي أنه يكون بيعاً عند القبض وسيذكر توضيحه عند قول

والشعير والموزون المثمن ويصح في العددي المتقارب كالبيض والجوز والفلس

المداينة لما صححه الحاكم عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ [البقرة: ٢٨٢] ومن السنة ما رواه الستة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قدم النبي ﷺ والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاثة فقال: «من أسلم في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1] وهو على خلاف القياس إذ هو بيع المعدوم ووجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة، ولا اعتبار بمن قال إنه على وفقه وقد أطال في الرد عليه في فتح القدير.

قوله: **(ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه)** لأنه لا يفضي إلى المنازعة. وفي القنية: السلم في العنب القلابي في وقت كونه حصر ما لا يصح، والسلم في التفاح الشامي قبل الإدراك يصح لأنه يسمى تفاحاً اهـ. وفي فروق الكرابيسي: بيع السلم يفارق بيع العين في ستة أشياء: خيار الرؤية، وخيار الشرط ولو تفرقا يبطل، وفي إضافة السلم إلى الدراهم، وجعل الحنطة رأس المال على المختار، وفي الأجل قوله: **(وما لا فلا)** أي وما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لأنه يفضي إلى المنازعة. ثم شرع يبين الفصلين بالفاء التفصيلية بقوله: **(فيصح في المكيل كالبر والشعير والموزون المثمن كالعسل والزيت)** وفي الفروق: الإسلام في الخبز وزناً يجوز اهـ. وفي القنية برقم (مع عك) أسلم زبيباً في كر حنطة لا يجوز وبرقم (حم عك) يجوز فأبو الفضل يجعل الزبيب كيلياً وهما جعلاه وزنياً. والثوم والبصل يجوز السلم فيه وزناً لا عدداً، واللبن والعصير والخل يجوز كيلاً أو وزناً، ولا خير في السلم في الأواني المتخذة من الزجاج، وفي المكسور يجوز وزناً؛ كذا في البزازية. وفي الظهيرية: ويجوز السلم في الدقيق كيلاً ووزناً ولو أسلم فلوساً في صفر أو سيفاً في حديد أو قصباً في بوار لا يجوز بخلاف ما لو أسلم قطناً في ثوب حيث يجوز اهـ. وفيها: لو أسلم في اللبن كيلاً أو وزناً جاز لأنه ليس بمكيل ولا موزون نصاً فيجوز كيفما كان. وشرط في الذخيرة رواج الفلوس أما إذا كانت كاسدة فإنه لا يجوز لأنه إسلام موزون

المتن «ولو اشترى المسلم إليه كراً الخ» قوله: **(ولا اعتبار بمن قال أنه على وفقه)** أي على وفق القياس. قوله: **(ولا خير في السلم في الأواني الخ)** أي لا يجوز بل نفي الخيرية أدل على نفي الجواز؛ قاله بعض الشراح. قوله: **(ورجح قول الأعمش في فتح القدير الخ)** اعترضه في النهر بأنه لا يتم

---

(١) رواه البخاري في كتاب السلم باب ١ ـ ٣، ٧. مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٢٨. أبو داود في كتاب البيوع باب ٥٥. الترمذي في كتاب البيوع باب ٦٨. النسائي في كتاب البيوع باب ٦٣. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٥٩.

....

في موزون. وقيد الثمن احترازاً عن الدراهم والدنانير فإنه وإن كانت موزونة لكنها ثمن فلا يجوز الإسلام فيها لأن السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع، ولو جاز فيها انعكس فإذا لم يقع سلماً يكون باطلاً عند عيسى بن أبان. وقال الأعمش: بكون بيعاً بثمن مؤجل اعتباراً للمعنى والأول أصح لأنه لا يمكن تصحيحه في غير ما أوجبا العقد فيه. ورجح قول الأعمش في فتح القدير بأنه أدخل في الفقه، وهذا الخلاف فيما إذا أسلم فيهما غير الأثمان كالحنطة، وأما إذا أسلم فيهما الأثمان لم يجز إجماعاً ولو أسلم في المكيل وزناً كما إذا أسلم في البر والشعير بالميزان فيه روايتان والمعتمد الجواز لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلاً.

قوله: **(ويصح في العددي المتقارب كالبيض والجوز)** لأنه معلوم مضبوط مقدور التسليم وما فيه من التفاوت مهدر عرفاً ولا خلاف في جوازه عدداً إنما الخلاف فيه كيلاً، فعندنا يجوز كيلاً ومنعه زفر كيلاً، وعنه منعه أيضاً عداً للتفاوت وأجبنا عنه. وإنما جاز كيلاً لوجود الضبط فيه. وقيد بالتقارب ومنه الكمثري والمشمش والتين كما في فروق الكرابيسي لأن العددي المتفاوت لا يجوز السلم فيه وما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤوس والأكارع والسفرجل والدر والجواهر واللآليء والأدم والجلود والخشب فلا يجوز السلم في شيء منها عدداً للتفاوت إلا إذا ذكر ضابطاً غير مجرد العدد كطول أو غلظ أو غير ذلك. ومن المتفاوت الجوالق والفاء فلا يجوز إلا بذكر مميزات، وأجازوه في الباذنجان

إلا بالتزام أن الأعمش قائل بانعقاد البيع بلفظ السلم وإلا فيجوز أن يكون قائلاً بمقابل الأصح من أنه لا يجوز وحينئذ فلا يتم المطلوب. واعترضه أيضاً بأن صاحب الثوب وإن أعطاه له بدراهم مؤجلة لكن على أنها مبيعة لا على أنها ثمن ليلزم أن يكون من أفراد البيع وذكر باقي شروط السلم قرينة على إرادة هذا المعنى فتأمل اهـ. وأنت خبير بأن كلاً من الاعتراضين ساقط؛ أما الأول فلأن فرض المسألة أنه أسلم ثوباً مثلاً في دراهم وقد قال أبو بكر الأعمش: إنه ينعقد بيعاً لا سلماً. فهذا صريح بأنه يقول إن البيع ينعقد بلفظ السلم. وقد ذكر في النهر قبل هذا أن صاحب القنية لم يحك خلافاً في انعقاده بلفظ السلم. وأما الثاني فلأن صاحب الفتح معترف بأن العقد عقد سلم ولكنه اختل بعض شروطه على أنه سلم ووجد اللفظ الذي ينعقد به البيع فيصير العقد عقد بيع لأن كلاً من السلم والبيع يشتركان في كونهما مبادلة مال بمال وقد قصده المتعاقدان ولا مانع شرعاً من كون هذه المبادلة المقصودة إذا لم تصح على صفة خاصة قصدها المتعاقدان أن تصح على صفة أخرى كما إذا قصدا عقد الشركة على صفة كونها مفاوضة وفقد بعض شروطها فإنها تصير شركة عنان وإن لم يقصدا هذه الصفة، ولذلك نظائر كثيرة كما لو وهب للفقير أو تصدق على غني يكون الأول صدقة والثاني هبة وكما لو أقام غيره وصياً في حياته أو وكيلاً بعد وفاته يكون الأول وكيلاً والثاني وصياً، وكما لو

....

والكاغد عدداً لإهدار التفاوت. وفي فتح القدير: وفيه نظر ظاهر أو بحمل على كاغد بقالب خاص وإلا فلا يجوز. وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالإسلام بخلاف بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنجي لعدم إهدار التفاوت. ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضاً في شرح الشافي فلو أسلم في بيض النعام أو في جوز الهند جاز كما جاز في الأخيرين، وعن أبي حنيفة أنه منعه عدداً في بيض النعام ادعاء للتفاوت في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية. والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس؛ فإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو إهداره اهـ. وفي المعراج: والفاصل بين المتفاوت والمتقارب أن ما ضمن مستهلكه بالمثل فهو متقارب وبالقيمة يكون متفاوتاً. وفي البزازية: يجوز السلم في الأواني المتخذة من الخزف عدداً إن نوعاً يصير معلوماً عند الناس، ويجوز في الكيزان الخزفية إذا بين نوع لا يتفاوت آحاده اهـ. ولم يشترط المؤلف للجواز إعلام الصفة أنه جيد أو وسط أو رديء ومنهم من شرط أعلام الصفة؛ كذا في الذخيرة وفيها عن أبي يوسف: لو أسلم بيض الأوز في بيض الدجاج أو أسلم بيض النعام في بيض الدجاج جاز، وإن أسلم بيض الدجاج في بيض نعامة أو أسلم بيض الدجاج في بيض الأوز؛ وإن كان في حين يقدر عليه جاز، فإن كان في حين لا يقدر عليه لا يجوز اهـ.

قوله: **(والفلس)** لأنه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه، وقيل لا يصح عند محمد لأنه ثمن ما دام يروج، وظاهر الرواية عن الكل الجواز. وإذا بطلت ثمنيتها لا يخرج عن العد إلى الوزن للعرف إلا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا فإن الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل إلا وزناً فلا يجوز السلم فيها إلا وزناً في ديارنا في زماننا، وقد كانت قبل هذه الأعصار عددية في ديارنا أيضاً؛ كذا في فتح القدير قوله: **(واللبن)** بكسر الباء وهو الطوب

اشترى أمة تعدل ألف درهم مع طوق فضة قيمته ألف درهم ونقد من الثمن ألفاً فهو ثمن الفضة، سواء سكت أو قال خذ هذا من ثمنها تحرياً للجواز كما سيأتي في الصرف، ولا يخفى أن تحري الجواز في مسألتنا بالأولى لأنه لم يصرح فيها بخلاف الجائز، وإن صرح فهي مثل مسألة الصرف فتأمل منصفاً. قوله: **(وشرط في الخلاصة ذكر المكان الخ)** أقول: عبارة الخلاصة هكذا: ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا بين الملبن والمكان وذكر عدداً معلوماً والمكان. قال بعضهم: مكان الإيفاء هذا قول أبي حنيفة. وقال بعضهم: المكان الذي يضرب فيه اللبن انتهت. فكان ينبغي أن يذكر قول الإمام ولا سيما مع احتمال أن يكون ذلك البعض من غير أهل المذهب. قوله: **(والملبن**

والللبن والآجر إن سمي ملبن معلوم والذرعي كالثوب إذا بين الذراع والصفة والصنعة لا في

النيء وشرط في الخلاصة ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن، وفي الذخيرة: لو باع آجرة من ملبن لم تجز من غير إشارة لأن اللبن من المعدود المتقارب باعتبار قدره ومن المتفاوت باعتبار نضجه فاعتبر الأول في السلم للحاجة واعتبر الثاني في البيع قوله: **(والآجر)** بضم الجيم وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف الواحدة آجرة وهو معرب وهو اللبن إذا طبخ؛ كذا في المصباح قوله: **(إن سمى ملبن معلوم)** لأن آحادها لا تتفاوت إذا عينت الآلة وإذا لم تعين لا يجوز لإفضائه إلى المنازعة. وفي المصباح: اللبن بكسر الباء ما يعلم من الطين يبنى به الواحدة لبنة ويجوز التخفيف فيصير مثل حمل اهـ. والملبن بكسر الباء قالب الطين والمحلب أيضاً؛ كذا في الصحاح والمراد الأول قوله: **(والذرعي)** أي ويصح السلم في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بما ذكره، وجوازه فيها بالإجماع كالثياب والبسط والحصر والبواري. وإنما جاز فيها مع أنها لم تذكر في النص وهو مشروع على خلاف القياس في المكيل والموزون فلا يقاس عليهما للإجماع ودلالة النص لأن سبب شرعيته الحاجة وهي لا تختلف قوله: **(كالثوب إذا بين الذراع)** أي من أي جنس كذا ذكر العيني. وفي فتح القدير: أي قدره كذا كذا ذراعاً. وفي البزازية: إذا أطلق ذكر الذراع في الثوب فله ذراع وسط. وفي الذخيرة: واختلف المشايخ في تفسير قول محمد ذراع وسط؛ منهم من قال أراد به المصدر وهو فعل الذرع لا الاسم وهو الخشبة يعني لا يمد كل المد ولا يرخى كل الإرخاء، وبعضهم قال أراد به الخشب، والصحيح أنه يحمل عليهما إذا شرط مطلقاً فيكون له الوسط منهما نظراً للجانبين قوله: **(والصفة)** أي قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الملحم أو حرير ونحو ذلك قوله: **(والصنعة)** أي عمل الشام أو الروم أو زيد أو عمرو لأنه يصير معلوماً بذكرهذه الأشياء فلا يؤدي إلى النزاع. ولم يذكر الوزن لأنه ليس بشرط إلا في الحرير إذا بيع وزناً لأنه لا يعلم إلا بالوزن. وفي الظهيرية: ولا يشترط ذكر الوزن في الكرباس واختلفوا في الحرير والصحيح اشتراطه، ولو أسلم في ثوب الخزان بين الطول والعرض والرقعة ولم يذكر الوزن جاز، وإن ذكر الوزن فقط لا يجوز. ولو باع ثوب خز بثوب خز يداً بيد لا يجوز إلا وزناً لأنه لا يباع إلا وزناً اهـ. وفي البزازية: أسلم قطناً هروياً في ثوب هروي جاز وإن مسحا في شعر مسح إن كان المسح عاد شعراً لا يجوز وإلا يجوز ثم قال في نوع: لو أسلم في ثوب وسط وجاء بالجيد فقال خذ هذا وزدني درهما فستأتي مسائله عند قوله «ولا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه» قوله: **(لا في الحيوان)** أي لا يصح السلم فيه لتفاوت آحاده لأنه وإن أمكن ضبط ظاهره ولا يمكن ضبط باطنه، وكذا استقراضه فاسد ولكنه مضمون بالقيمة مملوك بالقبض

بكسر الباء الخ) قال بعض الفضلاء: سبق قلم وليس في الصحاح، وفي القاموس كمنبر اهـ. وعبارة الصحاح أو الملبن قالب اللبن والملبن المحلب. قوله: **(للإجماع ودلالة النص)** تعليل للجواز

الحيوان ولا أطرافه كالرأس والأكارع والجلود عدداً والحطب خرماً والرطبة جرزاً والجوهر والخرز

حتى لو كان عبداً فأعتقه يجوز لكونه مملوكاً له؛ ذكره الأسبيجابي، وقدمناه قبيل الربا. أطلقه فشمل الآدمي وغيره وقد صح أنه عليه السلام نهى عن السلف في الحيوان. رواه الحاكم وصححه. فشمل العصافير وإن لم يكن فيها تفاوت لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى وهو لم يفصل؛ كذا في الكافي. ولكنه يخرج عنه السمك الطري فإن السلم فيه جائز كما سيأتي ولكن في فتح القدير إن شرطت حياته فلنا إن نمنع صحته.

قوله: **(ولا أطرافه كالرأس والأكارع)** لفحش التفاوت، وقيل عندهما يجوز. والأكارع جمع كراع للشاة والبقرة ويجمع على إكراع أيضاً قوله: **(والجلود عدداً)** أي لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش إلا أن يبين ضراباً معلوماً وطولاً وعرضاً وصفة معلومة من الجودة والرداءة فيجوز حينئذ عدداً ووزناً قوله: **(والحطب حزماً والرطبة جرزاً)** أي لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش لأنه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز، ولو قدر الوزن في الكل جاز، وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الإسلام فيه وزناً وهو أضبط وأطيب؛ كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: ولا يجوز السلم في الحطب أوقاراً. والرطبة القضب خاصة ما دام رطباً والجمع رطاب؛ كذا في الصحاح. وفي المصباح: الجرزة القصبة من القت ونحوه والحزمة والجمع جرز مثل غرفة وغرف، وأرض جُرُز بضمتين قد انقطع الماء عنها فهي يابسة لإنبات فيها اهـ. وفي الذخيرة: وأما الرياحين الرطبة والبقول والقصب والحشيش والخشب فهذه لم تكن مثلية فلا يجوز فيها، ولا بأس بالسلم في الجذوع إذا بين ضرباً معلوماً والطول والعرض والغلظ، وكذا الساج وصنوف العيدان. وفي البناية: الرطبة الأسفست وهي التي تسميه أهل مصر برسيماً، وأهل البلاد الشمالية بنجا. وفي الشامل: لا خير في المسلم في الرطبة ويجوز في القت لأنه يباع وزناً قوله: **(والجوهر والخرز)** لتفاوت آحاده إلا صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم فيها وزناً لأنها تباع به فأمكن معرفة قدرها. والخَرَز بالتحريك الذي ينظم الواحدة خرزة وخرزات الملك جواهر تاجه، ويقال كان الملك إذا ملك عاماً زيدت في تاجه خرزة ليعلم عدد سني ملكه؛ كذا في الصحاح قوله: **(والمنقطع)** أي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لفوت شرطه وهو أن يكون موجوداً من حين العقد إلى حين المحل ـ بكسر الحاء ـ مصدر ميمي من الحلول

وما بعده تعليل لدلالة النص. قوله: **(ويجوز في القت)** قال في الصحاح: القت الفصفصة والفصفصة بالكسر الرطبة: أبو السعود عن شيخه. وفي القاموس: ألقت نم الحديث كالتقتيت والقتيتي والإسفست ويابسه.

والمنقطع ولا في السمك الطري وصح وزناً لو مالحاً ولا يصح السلم في اللحم وبمكيال أو

حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو بالعكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لم يجز لأنه غير مقدور التسليم لتوهم موت المسلم إليه فيحل الأجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم. وحد الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق التي تباع فيها وإن كان في البيوت، ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإن شاء انتظر وجوده. وفي البناية معزياً إلى مبسوط أبي اليسر: ولو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يوجد فيه لأنه لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان يوجد بسجستان اهـ. وفي البزازية: انقطع المسلم فيه في أوانه يتخير رب السلم. وعن الإمام أنه ينفسخ اهـ. وفيها: استقرض فاكهة كيلاً أو وزناً ثم انقطع يصير إلى أن تدخل الجديدة إلا أن يتراضيا على قيمته كمن استقرض طعاماً في بلد فيه الطعام رخيص ثم التقيا في بلد فيه الطعام غال ليس له الطلب بل يوثق المطلوب ليعطيه في تلك البلد اهـ.

قوله: **(ولا في السمك الطري)** أي لا يجوز فيه لأنه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في وقت لا ينقطع فيه جاز وزناً لا عدداً. والحاصل كما في شرح الطحاوي أنه إما أن يكون طرياً أو مالحاً، ولا يخلو إما أن يسلم عدداً أو وزناً، فإن أسلم فيه عدداً لم يجز مطلقاً للتفاوت، وإن أسلم فيه وزناً؛ فإن كان مملوحاً يجوز، وإن كان طرياً فإن كان العقد في حينه والحلول في حينه ولا ينقطع فيما بينهما جاز وإلا فلا قوله: **(وصح وزناً لو مالحاً)** أي صح السلم في السمك بالوزن لو كان ملحاً لا عدداً لأن الملح منه وهو القديد لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن، وبيان نوعه بأن يقول بوري أوراي وفي أسماك الاسكندرية الشفس والدونيس وغيرها. وفي الإيضاح: الصحيح أن في الصغار منه يجوز وزناً وكيلاً وفي الكبار روايتان. وفي المغرب: سمك مليح ومملوح وهو القديد الذي فيه الملح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة، والمالح هو الذي شق بطنه وجعل فيه الملح قوله: **(ولا يصح السلم في اللحم)** أي عند أبي حنيفة. وقالا: يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنة وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب، أو الفخذ مائة رطل لأنه موزون مضبوط الوصف فصار كالألية والشحم بخلاف لحم الطيور فإنه لا يقدر على وصف موضع منه وله أن يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي إلى المنازعة. وفي منزوع العظم روايتان والأصح عدمه ولذا أطلقه في الكتاب. وفي الحقائق والعيون: الفتوى على قولهما

قوله: **(وله أنه يختلف باختلاف كبر العظم وصغره)** قال في الفتح: وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه، ثم ذكر للإمام وجهاً آخر وهو أنه يختلف بحسب الفصول سمناً وهزالاً قال: وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع

ذراع لم يدر قدره وبر قرية أو تمر نخلة معينة وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر

وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم، وقد قيل لا خلاف فمنع أبي حنيفة فيما إذا أطلقا السلم في اللحم، وقولهما فيما إذا بينا وإذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقاً؛ كذا في البزازية. واللحم قيمي فيضمن بالقيمة إذا غصب كما في الجامع الكبير من باب الاستحقاق وعزاه في الصغرى إلى وسط المنتقى. وفي فروق الكرابيسي: يضمن اللحم عند الإتلاف بالقيمة والخبز يضمن بالمثل، ولو اشترى باللحم يثبت ديناً في الذمة والخبز كذلك، فالحاصل أن اللحم مع الخبز يستويان في ثبوتهما ديناً في الذمة ويفترقان في الضمان فيضمن اللحم بالقيمة والخبز بالمثل. والفرق أن كل واحد منهما وإن كان غذاء لكن الخبز أبين غذاء وأحسن كفاً فأظهرنا حكم التفرقة في الضمان والتسوية في الدينية عملاً بالشبهين اهـ. وفي التتمة عن اختيار شيخ الإسلام على الأسبيجابي أن اللحم مضمون بالمثل. وفي الظهيرية: وإقراض اللحم عندهما يجوز كما يجوز السلم. وعن أبي حنيفة روايتان واللحم مضمون بالقيمة في ضمان العدوان إذا كان مطبوخاً بالإجماع، وإن كان نيأ فكذلك وهو الصحيح. وإن اشترى شيئاً بلحم في الذمة ذكر في الإجارات أنه إذا استأجر شيئاً بلحم في الذمة جاز وما يصلح أجرة في الإجارة يصلح ثمناً في البيع اهـ.

قوله: **(وبمكيال أو ذراع لم يدر قدره)** أي لا يصح لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالاً. قيد بكونه لم يدر قدره لأنهما لو كانا معلومي القدر جاز، ويشترط أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع. وأما الجراب والزنبيل فلا يجوز الكيل بهما. وعن أبي يوسف الجواز بقرب الماء للتعامل وهو أن يشتري من سقاء كذا وكذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك مثلاً بهذه القربة وعينها جاز البيع وتقتضي القاعدة المذكورة أن لا يجوز إذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها؛ كذا في فتح القدير. وفي القنية: السلم في الماء مختلف فيه؛ فإن كان موضعاً جرت العادة فيه بالسلم وذكر الشرائط صح اهـ قوله: **(وبرّ قرية أو تمر نخلة معينة)** أي لا يجوز لاحتمال أن يعتريهما أفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار ﷺ بقوله «أرأيت إذا منع الله ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه؟ فإن معناه أنه لا يستحق بهذا البيع شيئاً إن لم يخرج ذلك البستان شيئاً فكان في بيع ثمرة هذا البستان غرر الإنفساخ فلا يصح بخلاف ما إذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الإقليم شيء برمته ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع في الصحة، ولذا قيد بالقرية احترازاً على الإقليم وتعيين البستان كتعيين النخلة. هذا لو كانت نسبة الثمرة إلى قرية معينة لبيان الصفة لا لتعيين

العظم وهو رواية أبي شجاع عنه. قال المصنف: وهو الأصح اهـ. قوله: **(إلى وسط المنتقى)** الذي في الفتح «وسط غصب المنتقى». قوله: **(ويشترط أن يكون المكيال بما لا ينقبض الخ)** كذا في الهداية قال في النهر قال الشارح: وهذا لا يستقيم في السلم إلا إذا كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به

....

الخارج من أرضها بعينه كالحشراتي ببخارى والسباخي وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا بأس به لأنه لا يراد خصوص النابت هناك بل الإقليم، ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء كذا في ديارنا قمح الصعيد. وفي الخلاصة وغيرها: لو أسلم في حنطة الهراة لا يجوز، وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذا لإضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان، وكذا لو أتى المسلم إليه بثوب هروي نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله، فظهر أن المانع والمقتضى العرف، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا؛ كذا في فتح القدير. ثم قال: وفي شرح الطحاوي: لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط اهـ. وفي الجوهرة: ولو أسلم في حنطة جيدة أو في ذرة جديدة لم يجز لأنه لا يدري أيكون في تلك السنة شيء أم لا اهـ. وعلى هذا فما يكتب في وثيقة السلم جديد عامه مفسد له ولكنه ينبغي حمله على ما إذا كان قبل وجود الجديد، أما بعد وجوده فيصح كما يشير إليه ما في شرح الطحاوي. وفي الخلاصة: وكذا إذا أسلم على صوف غنم بعينها أو ألبانها وسمونها قبل حدوثها أو سمن حديث لأنه لا يُدرِى بقاؤه.

قوله: **(وشرط بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والأجل)** كقوله حنطة سقية جيدة عشرة إكرار إلى شهر لأن الجهالة تنتفي بذكر هذه الأشياء فهذه خمسة الأربعة الأول منها تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل، فإن ما يجوز كونه مسلماً فيه

كيفما كان وإن كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره والتجويز في قرب الماء، وإنما يستقيم هذا في البيع إذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بإناء لا يعرف قدره، ويشترط في ذلك الإناء أن لا ينكبس ولا ينبسط ويفيد فيه استثناء قرب الماء اهـ. وعلى ما في الهداية جرى الحدادي ولم يتعقبه في فتح القدير بل أقره، وهذا لأنه إذا أسلم في مقدار هذا الوعاء براً وقد عرف أنه دويبة مثلاً جاز غير أنه إذا كان ينقبض وينبسط لا يجوز لأنه يؤدي إلى النزاع وقت التسليم في الكبس وعدمه. وقول الشارح إنه لا يتعين ممنوع، نعم هلاكه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد ولم أر من أوضح هذا فتدبره. والله تعالى الموفق اهـ. كلام النهر: قلت: منع عدم تعينه غير ظاهر وأي نزاع بعد معرفة مقداره ويمكن العدول إلى ما عرف من مقداره فيسلمه به بلا منازعة كما إذا هلك، وقد ظهر لي في الجواب عن الهداية أن ما ينقبض وينكبس بالكبس لا يتقدر بمقدار معين فتبقى المنازعة وعليه فيكون قوله «واشترط الخ» لبيان المراد من قوله «لم يدر قدره» لا أنه شيء زائد عليه تأمل. قوله: **(لأنه لا يدري أيكون في تلك السنة شيء أم لا)** قال

....

يجوز كونه رأس مال السلم ولا ينعكس، فإن النقود تكون رأس مال ولا يسلم فيها. وفي المعراج: إنما يشترط بيان النوع في رأس المال إذا كان في البلد نقود مختلفة وإلا فلا يشترط اهـ. وأما الأجل فيشترط في المسلم فيه خاصة فلا يصح السلم الحال عندنا لأنه جوز رخصة للمفاليس دفعاً لحاجاتهم فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل فلا يجوز في غيره. وقوله «حنطة» بيان للجنس وقول من قال إن قوله «صعيدية أو بحرية» بيان للجنس غير صحيح وإنما هو من بيان النوع. وقوله «سقية» بيان لنوع أي مسقية وهي ما تسقى سيحاً، وكذا بخسية وهي ما تسقى بالمطر نسبة إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السيح غالباً. وفي الجوهرة: فإن أسلما حالاً ثم أدخل الأجل قبل الافتراق وقبل استهلاك رأس المال جاز اهـ. وفي الإيضاح للكرماني من كتاب الصرف: لو عقد السلم بلا أجل فهو فاسد فإن جعلا له أجلاً معلوماً قبل أن يتفرقا جاز إن كانت الدراهم قائمة بعينها لأن الدراهم فيه قائمة مقام المبيع فلا بد أن تكون بحيث يبتدأ فيها العقد، فهذه تسعة شرائط. والعاشر بيان قدر الأجل. والحادي عشر بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة وهو خاص بالمسلم فيه وسيأتي. والثاني عشر قبض رأس المال قبل الافتراق وسنذكره. والثالث عشر أن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا لأن انفراد أحدهما يحرم النساء. والرابع عشر أن لا يكون فيه خيار شرط. وفي البزازية: ويبطله شرط الخيار فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يد المسلم إليه صح وإن هالكاً لا ينقلب صحيحاً. الخامس عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في النقدين وفي التبر روايتان. وذكر في المعراج وفتح القدير من شرائط رأس المال كون الدراهم منتقدة عند أبي حنيفة مع إعلام القدر اهـ. وليس المراد به تعجيل رأس المال لأن صاحب المعراج ذكر شرط التعجيل والقبض وحده وذكر الانتقاد وحده شرطاً، وإنما المراد به معرفة الجيد من الرديء منه فلو لم ينقدها لم يصح. ويشكل عليه قولهم في تعليل قول الإمام أن الإشارة إلى رأس المال لا تكفي لاحتمال أن يجد البعض زيوفاً فيحتاج إلى الرد ولا يتيسر الاستبدال إلا بعد المجلس فإن هذا يقتضي عدم اشتراط الانتقاد أو لا فليتأمل. السادس عشر وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل كما في المعراج وقد تقدم مفهومه بقوله «والمنقطع». والسابع عشر أن يكون ما يضبط بالوصف وهو أن يكون من الأجناس الأربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب وتقدم أول الباب، وقد ذكره في الشرائط في المعراج. الثامن عشر بيان قدر رأس المال في المثليات عنده كما سيأتي.

في النهر: التعليل بما في شرح الطحاوي أولى ومقتضى هذا أنه لو عين جديد إقليم كجديدة من الصعيد مثلاً أن يصح إذ لا يتوهم عدم طلوع شيء فيه أصلاً اهـ. يعني وهذا المقتضى غير مراد لمنافاته للشرط المار وهو أن يكون موجوداً من حين العقد إلى حين المحل.

والأجل وأقله شهر وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود ومكان الإيفاء فيما له حمل

وفي الخانية: ولا يبطل الأجل بموت رب السلم ويبطل بموت المسلم إليه حتى يؤخذ المسلم من تركته حالاً.

قوله: **(وأقله شهر)** أي أقل الأجل شهر روي ذلك عن محمد رحمه الله تعالى لأن ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل بدليل مسألة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه، وقيل أقله ثلاثة أيام، وقيل ما تراضيا عليه، وقيل أكثر من نصف يوم، وقيل المرجع العرف وما في الكتاب هو الأصح وبه يفتى. وفي البناية وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة: والصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه اهـ. فقد اختلف التصحيح لكن المعتمد ما في الكتاب وفي فتح القدير بعد نقل تصحيح الشهيد وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل ذلك تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اهـ. أقول: هو جدير بأن يصحح ويعول عليه فقط لأن من الأشياء ما لا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي التقدير به إلى عدم حصول المقصود من الأجل وهو القدرة على تحصيله. وفي القنية: لقي رب السلم المسلم إليه بعد حلول الأجل في غير البلد الذي شرط الإيفاء فيه فله مطالبته بالمسلم فيه إن كان قيمته في ذلك المكان مثل قيمته في المكان المشروط أو دونه لأن شرط المكان حق رب السلم دفعاً لمؤنة الحمل. قال رضي الله تعالى عنه: وأفتى بعض مفتي زماننا أنه لا يتمكن من مطالبته لأن تعيين المكان حق المسلم إليه دفعاً لمؤنة الحمل. وهذا الجواب أحب إلي إلا في موضع الضرورة وهو أن يقيم المسلم إليه في بلد آخر فيعجز رب السلم عن استيفاء حقه ثم قال: هدانا الله إلى الرواية المنصوصة قوله: **(وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود)** أي وشرطه بيان قدر رأس المال إذا كان العقد يتعلق على مقداره عند الإمام. وقالا: تكفي الإشارة إليه كالثمن والأجرة والمذروع لأن الجهالة مع الإشارة لا تفضي إلى المنازعة. وله أنها قد تفضي إليها بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيباً فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي إلى جهالة المسلم فيه

قوله: **(أقول هو جدير بأن يصحح الخ)** قال في منح الغفار: كلام شيخنا هنا جدير بعدم القبول لأنه إنما يتجه لو كان الذي يقدره بالشهر يوجب التقدير به ويمنع التقدير بالزيادة وليس كذلك لأنه إذا لم يحصل في مدة الشهر واتفقا على زيادة عليه جاز، ولا مانع من ذلك أصلاً فلا موقع لقوله «فيؤدي التقدير به إلى عدم حصول المقصود من الأجل الخ» كما لا يخفى اهـ. ورده في النهر أيضاً حيث قال: مدفوع بأن الشهر أدناه لا أنه أقصاه ليتم ما ادعاه اهـ. قال الرملي بعد نقله الأول:

. . . .

فيجب التحرز عن مثله وإن كان موهوماً لشرعه من المنافي إذ هو بيع المعدوم، والأولى أن يعلل للإمام بأنه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال فيجب أن يكون معلوماً. وأما ما ذكروه فمندفع بما قدمناه من أن الانتقاد شرط عنده، وقد قال بقول ابن عمر رضي الله عنهما وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه والمبيع لا يقابل الأوصاف فلا يتعلق العقد بقدره، ولذا لو سمى عدد الذرعان فوجده المسلم إليه أنقص لا ينتقص من المسلم فيه شيء وإنما يخير المسلم إليه. ومن فروع المسألة إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم في كر حنطة وشعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لأنه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر، أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لم يصح السلم فيهما لبطلان العقد في حصته ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضاً لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً، والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت آحاده لتعلق العقد بمقداره.

قوله: **(ومكان الإيفاء فيما له حمل من الأشياء)** أي وشرطه بيان مكان الإيفاء في المسلم إليه إذا كان له حمل ومؤنة أي إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة. والحمل بالفتح الثقل. قال في البناية: يعنون به ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال. والمؤنة الكلفة وقالا: لا يحتاج إلى تعيينه ويسلمه في موضع العقد لأن مكانه مكان الالتزام فيتعين لإيفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك، وكبيع الحنطة بعينها، وكالغصب والقرض وله أن

وفيه نظر لجعل الإمكان علة لجوازه تأمل. قوله: **(والأولى أن يعلل للإمام الخ)** سبقه إلى هذا ابن الكمال حيث علل أولاً بما ذكر ثم قال: وأما ما قيل ربما يكون بعض رأس المال زيوفاً ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعرف قدره لا يدري كم بقي فيرد عليه أن ههنا شرطاً آخر ذكره الزاهدي في شرح المختصر القدوري نقلاً عن المحيط به يندفع هذا الاحتمال وهو أن يكون رأس المال منتقداً اهـ. لكن يرد عليه أنه لو لم ينتقدها لم يصح مع أنه سيأتي عن البدائع أنه لو وجدها زيوفاً فرضي بها صح مطلقاً بخلاف الستوقة فإن لم يرض، فإن كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس صح، وإن بعده بطل عند الإمام مطلقاً إلى آخر ما يأتي فإنه يفيد أن الضرر من عدم التبديل في المجلس تأمل على أن النقاد قد يخطئ فيظهر بعض المنقود معيباً. وأيضاً فإن رأس المال قد يكون مكيلاً أو موزوناً ويظهر بعضه معيباً ولذا قال بعض الفضلاء: إن الاعتراض متوجه على من عبر بالزيوف، وأما من عبر بالعيب فغير متوجه لشموله نحو البر اهـ. وحاصله أن اشتراط كونه معلوماً خاص فيما إذا كان من غير النقدين.

....

التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد للتسليم بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فإن تسليمها يستحق بنفس الإلتزام فيتعين موضعه، فإذا لم يتعين بقي مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الأماكن فلا بد من البيان دفعاً للمنازعة وصار كجهالة الصفة ولذا قال البعض: إن الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة. وقيل: لا تحالف عنده فيه، وعندهما يتحالفان لأن تعيين المكان قضية العقد. قيد بالمسلم فيه لأن مكان العقد يتعين لإيفاء رأس مال السلم اتفاقاً، وعلى هذا الاختلاف الثمن إذا كان له حمل ومؤنة والأجرة كذلك والقسمة وصورتها: اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما يتعين مكان العقد. وقيل: لا يشترط في الثمن عند الكل، والصحيح أنه شرط إذا كان مؤجلاً، وعندهما يتعين مكان العقد، وقيل في الأجرة يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة، ثم إن عين مصراً جاز لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لعدم اختلاف القيمة، ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء، وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً، فإن كان عظيماً تبلغ نواحيه فرسخاً لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لأن جهالته مفضية إلى المنازعة. ولو شرط أن يوفيه في منزله جاز استحساناً لأنه يراد به المنزل حال حلول الأجل عادة والظاهر بقاؤه في منزله، ولو شرط الحمل إلى منزلة قيل يجوز لأنه اشتراط الإيفاء فيه، وقيل لا يجوز لأن الحمل لا يقتضيه العقد إنما يقتضي الإيفاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون مفسداً، وإن شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله إلى منزلة لا يجوز.

والحاصل أن اشتراط الإيفاء في مكان مصحح وفي اشتراط الحمل إلى مكان معين قولان، واشتراط الحمل بعد الإيفاء مفسد وعكسه لا كالإيفاء بعد الإيفاء وتمامه في الخلاصة. وفي البزازية: شرط حمله إلى منزل رب السلم بعد الإيفاء في المكان المشروط لا يصح لاجتماع الصفقتين الإجارة والتجارة، وشرط الإيفاء خاصة أو الحمل خاصة أو الإيفاء بعد الحمل جائز لا شرط الإيفاء بعد الإيفاء على قول عامة المشايخ كشرطه أن يوفيه في محلة كذا ثم يوفيه في منزله. ولو شرط الإيفاء أو الحمل بعد الحلم لم يجز. وفي بعض الفوائد: شرط الحمل بعد الحمل يصح لأن الحمل لا يوجب الملك لرب السلم فلما شرط الحمل ثانياً

قوله: **(وعلى هذا الاختلاف الثمن)** أي ثمن المبيع في البيع. قوله: **(ولو شرط الإيفاء أو الحمل بعد الحمل لم يجز)** قال بعض الفضلاء: فيه مناقضة لقوله أو الإيفاء بعد الحمل المتقدم. وفي نسخة البزازية «ولو شرط الحمل بعد الإيفاء أو الحمل الخ» وعليها فلا تناقض وفيه تكرار إلا أن يحمل على التأكيد فتأمل اهـ. وكذلك رأيته في نسختي البزازية. قوله: **(لم يجز)** لأن في أحد الجانبين

....

صار كشرطه مرة، وكذا الإيفاء بعد الحمل والإيفاء بعد الإيفاء، ولما شرط ذلك صار الإيفاء الأول منفسخاً وإذا شرط الإيفاء في مدينة كذا فكل محلاتها سواء حتى لو أوفاه في محله ليس له أن يطالبه في محلة أخرى اهـ، وفي فتح القدير: ولو اشترى طعاماً بطعام من جنسه واشترط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالإجماع كيفما كان، ولو شرط أن يوفيه إلى مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضاً ولا يجوز أخذ الكراء وإن شاء رده إليه ليسلمه إليه في المكان المشروط لأنه حقه اهـ. وفي البدائع: فإن سلم في غير المكان المشروط فلرب السلم أن يأبى، فإن أعطاه على ذلك أجراً لم يجز له أخذ الأجر عليه وله أن يرد المسلم فيه حتى يسلمه في المكان المشروط بخلاف الشفيع إذا صولح عنها بمال لم يصح وسقط حقه لإعراضه عن الطلب كما لو أسقطه صريحاً، وحق رب السلم في التسليم في المكان المشروط لم يسقط بالإسقاط صريحاً اهـ. قيد بماله حمل لأن ما لا حمل له كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء. وقيده في فتح القدير بأن يكون قليلاً وإلا فقد يسلم في أمناء من الزعفران كثيرة تبلغ إجمالاً ويسلمه في المكان الذي أسلم فيه، وكلما قلنا يتعين مكان العقد فهو مقيد بما إذا كان مما يتأتى فيه التسليم وما لا بأن أسلم إليه وهما في مركب في البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يمكن فيها، وهذا على رواية الجامع الصغير. وذكر في الإجارات أن ما لا حمل له يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء. ولو عين مكاناً قيل لا يتعين، وقيل يتعين وهو الأصح؛ كذا في فتح القدير. وصحح في المحيط أنه يتعين موضع العقد فيما لا حمل له لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن فالكافور أكثر قيمة في المصر لكثرة الرغبة فيه في المصر وقلتها في السواد اهـ.

قوله: **(وقبض رأس المال قبل الافتراق)** أي وشرطه قبض رأس المال قبل أن يتفرقا لأن السلم ينبئ عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف. وظاهر كلامه أن القبض شرط انعقاده صحيحاً كبقية الشروط وهو قول البعض، والصحيح أنه شرط بقائه على الصحة فينعقد صحيحاً بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض، وستأتي فائدة الاختلاف في الصرف. وأطلقه فشمل ما إذا كان رأس المال مما لا يتعين أو يتعين لما ذكرناه، وفي الخلاصة: ولو أبى المسلم إليه قبض رأس المال أجبر عليه اهـ. وفي الواقعات: باع عبداً بثوب موصوف في الذمة فإن

زيادة وهي الحمل شرنبلالية عن المحيط. قوله: **(وفي الواقعات باع عبداً بثوب الخ)** كان الأولى تقديمه على عبارة الخلاصة لأنه مقابل لما أفاده الإطلاق. وفي فتح القدير: وإن كان عيناً ففي القياس لا يشترط تعجيله وفي الاستحسان يشترط اهـ. فهو مفرع على القياس. وفي حاشية أبي السعود عن

....

لم يضرب للثوب أجلاً لا يجوز لأن الثوب لا يجب في الذمة إلا سلماً فالأجل شرط فلو ضرب الأجل جاز لوجود شرطه، فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد لأن هذا العقد اعتبز سلماً في حق الثوب بيعاً في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كما في الهبة بشرط العوض وكما في قول المولى لعبده إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر، اعتبر فيه حكم اليمين وحكم المعاوضة اهـ. وأشار المصنف رحمه الله إلى أنه لا يدخله خيار الشرط لأنه يمنع تمام القبض قالوا: ولا يثبت في المسلم فيه خيار رؤية ويثبت فيه خيار العيب، ويثبتان في رأس المال إذا كان مما يتعين وإلا فخيار الرؤية لا يثبت في النقود. ودل قوله «قبل الافتراق» دون أن يقول في المجلس على أن القبض في المجلس ليس بشرط. وفي البزازية: وإن مكثا إلى الليل أو سافرا فرسخاً أو أكثر ثم سلم جاز، وإن نام أحدهما أو ناما لم تكن فرقة، ولو أسلم عشرة في كر ولم تكن الدراهم عنده فدخل المنزل ليخرجه إن توارى عن المسلم إليه بطل، وإن بحيث يراه لا وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس مال المسلم اهـ. وفي البدائع: ثم إذا جازت الحوالة والكفالة فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما إذا كانا في المجلس، سواء بقي الحويل أو الكفيل أو افترقا بعد أن كان العاقدان في المجلس. وإن افترق العاقدان بأنفسهما قبل القبض بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة وإن بقي المحال عليه والكفيل في المجلس، والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لأن القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر بمجلسهما، وعلى هذا الكفالة والحوالة ببدل الصرف. وأما الرهن برأس المال فإن هلك الرهن في المجلس وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما، وإن كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره ويبطل في الباقي، وإن لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض وعليه رد الرهن على صاحبه، وكذا الحكم في بدل الصرف اهـ. وفي إيضاح الكرماني من الرهن: ولو أخذ بالمسلم فيه رهناً وسلطه على البيع فباعه بجنس المسلم فيه أو بغير جنسه جاز اهـ.

وفي تلخيص الجامع من باب إقرار المريض لوراث آخر والدينين قضاء لأولهما فلو أسلم ثم استقرض وقعت المقاصصة وفي عكسه لا اهـ. أي لا تقع المقاصة إلا إذا تقاصا بدليل ما سنذكره عن البدائع ويتفرع على أن القبض شرط ما إذا قبض ثم انتقض القبض لمعنى أوجبه أنه يبطل السلم، وبيانه أن رأس المال إما أن يكون عيناً أو ديناً، وكل منهما إما أن يوجد مستحقاً أو معيباً، وكل إما أن يكون قبل الافتراق أو بعده كله أو بعضه، وكذا بدل الصرف على هذه التفاصيل، فإن كان عيناً فوجد مستحقاً أو معيباً فإن لم يجز المستحق ولم

الحموي: ما في الواقعات مشكل ومقتضى جواب الاستحسان أن يبطل، وما ادعاه يمكن إجراؤه في

من الأشياء وقبض رأس المال قبل الافتراق فإن أسلم مائتي درهم في كر بر مائة ديناً عليه ومائة نقداً فالسلم في الدين باطل ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو

يرض المسلم إليه بالعيب بطل السلم بعد الافتراق أو قبله، وإن أجاز المستحق ورضي المسلم إليه بالعيب جاز مطلقاً، وله أن يرجع على الناقد بمثله إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان قيمياً. وإن كان ديناً فإن وجده مستحقاً وأجيز مضى السلم مطلقاً ولا سبيل للمشتري على المقبوض ويرجع على الناقد بمثله، وإن لم يجز فاستبدل في المجلس صح وإن بعده بطل. وإن وجده زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصاً فإن كانت زيوفاً فرضي بها صح مطلقاً بخلاف الستوقة لأنها ليست من جنس حقه. فإن لم يرض؛ فإن كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس صح، وإن بعده بطل عند الإمام مطلقاً، سواء استبدلها في المجلس أو لا. هذا إذا وجدها زيوفاً أو نبهرجة، فإن وجدها ستوقة أو رصاصاً فإن بعد الافتراق بطل سواء تجوز بها أو لا، وإن استبدل في المجلس صح وتمام التفريعات في البدائع. وفي الصغرى: المسلم إليه إذا أتى بشيء من الدراهم وقال وجدته زيوفاً فالقول له اهـ. وفي الإيضاح: استحسن أبو حنيفة في اليسير فقال يردها ويستبدل في ذلك المجلس وفي تحديد الكثير روايتان ما زاد على الثلث وما زاد على النصف اهـ. وفيه: لو وجد البعض نبهرجة أو مستحقة فاختلفا فقال رب السلم هو ثلث رأس المال وقال المسلم إليه نصفه فالقول قول رب السلم مع يمينه، ولو كان ستوقة أو رصاصاً فاختلفا في مثل ذلك فالقول قول المسلم إليه وبيانه فيه اهـ.

قوله: (**فإن أسلم مائتي درهم في كر بر مائة دينا عليه ومائة نقداً فالسلم في الدين باطل**) أي في حصته لكونه ديناً بدين، وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال بقدره ولا يشيع الفساد لأنه طارئ إذ السلم وقع صحيحاً في الكل ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق صح. والتقييد بكونه أضاف العقد إلى المائتين اتفاقي بل كذلك إذا أضافه إلى مائتين مطلقاً ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بما في ذمته من الدين في الصحيح لأن المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئاً إذ الدين لا يتعين بإضافة العقد إليه. وقيد بقوله «ديناً عليه» لأنه لو قال أسلمت إليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل في الكل، وإن نقد الكل لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد وهو مفسد مقارن فتعدى. وقيد بكون الدين من جنس النقد لأن الجنس لو اختلف بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها إليه وعشرة دنانير في أكرار معلومة لم يجز في الكل، أما الدين فظاهر، وأما عدم حصة العين فلجهالة ما يخصه. وهذا عند الإمام رحمه الله تعالى، وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على مسألة إعلام قدر رأس المال. وقيد بكونه جعل الدين عليه رأس المال لأنه لو لم يجعله وإنما وقعت المقاصة بأن وجب على

كل عين جعلت رأس مال السلم. قوله: (**وله أن يرجع على الناقد**) أي على الدافع. قوله: (**استبدلها في المجلس**) قال الرملي: أي مجلس الرد. قوله: (**بل كذلك إذا أضافه إلى مائتين مطلقاً الخ**) قال

....

المسلم إليه دين مثل رأس المال فلا يخلوا إما أن يجب الدين الآخر بالعقد أو بالقبض، فإن كان الأول فإما بعقد سابق على السلم أو متأخر عنه، فإن كان الأول بأن كان رب السلم باع المسلم إليه ثوباً بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى أسلم إليه عشرة دراهم في كر فإن تراضيا بالمقاصة صار قصاصاً، وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصاً استحساناً لأن العقد موجب للقبض حقيقة لولا المقاصة، فإذا تقاصا تبين أنه انعقد موجباً قبضاً بطريق المقاصة وقد وجد، وإن وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصاً وإن جعلاه قصاصاً. هذا إذا وجب الدين بالعقد، فإن وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصاً جعلاه أو لا بعد أن كان وجوب الدين متأخراً عن العقد. هذا إذا تساوى الدينان، فإما إذا تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون ورضي أحدهما بالقصاص وأبى الآخر فإنه ينظر؛ فإن أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصاً لأن حقه في الجودة معصوم محترم فلا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه، وإن أبى صاحب الأدون يصير قصاصاً لأنه لما رضي به صاحب الأفضل فقد أسقط حقه، وكذلك المقاصة في بدل الصرف على هذه التفاصيل؛ كذا في البدائع. قال الأزهري رحمه الله تعالى: الكر ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. وفي الحسامي: الكراسم لأربعين قفيزاً. وهذا كله في رأس المال، أما المقاصة بالمسلم فيه فقال في الإيضاح: إن وجب على رب السلم دين مثل المسلم فيه بسبب متقدم على العقد أو بعده لم يصر قصاصاً، وإن وجب بقبض مضمون كالغصب والقرض صار قصاصاً إن كان قبل العقد، وإن كان بعده فجعله قصاصاً جاز. وإن كان وديعة عند رب السلم قبل العقد أو بعده فجعله المسلم إليه قصاصاً لم يكن قصاصاً إلا أن يكون بحضرتهما أو يخلي بينه وبينهما، ولا يصير المغصوب قصاصاً إلا إذا كان مثل المسلم فيه فإن كان أجود أو أردأ فلا بد من رضاهما اهـ.

قوله: **(ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية)** لأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه مفوت له فلم يجز ففي التولية تمليكه بعوض، وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلم يجز. وصورة الشركة فيه أن يقول رب السلم لآخر أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم لك فيه. وصورة التولية أن يقول لآخر اعطني مثل ما أعطيت

الرملي انظره مع ما يأتي قريباً من قوله «وقيد بكونه جعل الدين عليه رأس مال لأن لو لم يجعله وإنما وقعت المقاصة الخ» والظاهر أنه أي الذي يأتي مقابل الصحيح وهو من كلام البدائع تأمل اهـ. قلت: وفي المسألة الآتية تفاصيل يمكن حمل ما هنا على بعض منها تأمل. قوله: **(الكر ستون قفيزاً الخ)** فيكون القفيز اثني عشر صاعاً ويكون الكر سبعمائة وعشرين صاعاً وذلك أربع غراير ونصف شامية

. . . .

المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك؛ كذا في الإيضاح. وإنما صرح بالتولية لرد قول من قال بجواز بيع المسار فيه مرابحة وتولية. وجزم به في الحاوي فقال: ولا بأس ببيع المسلم قبل قبضه مرابحة وتولية وهو قول ضعيف والمذهب منعهما. وقد أشار إلى منع بيع السلم بالأولى سواء كان ممن عليه أو من غيره كما في الحاوي، فلو باع السلم المسلم فيه من المسلم إليه بأكثر من رأس المال لا يصح ولا يكون إقالة؛ كذا في القنية. ولو وهبه منه قبل قبضه وقبل الهبة لم يصح وكان إقالة فوجب عليه رد رأس المال، وكذا لو أبرأه كلاً أو بعضاً. وفي التجنيس والواقعات: رجل أسلم إلى رجل كر حنطة فقال رب السلم للمسلم إليه أبرأتك عن نصف السلم وقبل المسلم إليه وجب عليه رد نصف المال إليه لأن السلم نوع بيع، وفي البيع من اشترى شيئاً ثم قال المشتري للبائع قبل القبض وهبت منك نصفه فقبل البائع كانت إقالة في النصف بنصف الثمن فكذا هذا إذ الحط بمنزلة الهبة اهـ. وفي الفتاوى الصغرى: إقالة بعض السلم وإبقاؤه في البعض جائز، وأما إقالة المسلم على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيداً فتقايلا على الرديء على أن يرد المسلم إليه درهماً لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف في رواية لكنه عند أبي يوسف يجوز لا بطريق الإقالة بل بطريق الحط عن رأس المال اهـ. وفي البدائع: الإبراء عن رأس المال يتوقف على قبول رب السلم فإن قبل انفسخ العقد فيه بخلاف الإبراء عن المسلم فيه فإنه جائز بدون قبول المسلم إليه لأنه ليس فيه إسقاط شرط، وبخلاف الإبراء عن ثمن المبيع فإنه صحيح بدون قبول المشتري لكنه يرتد بالرد، ولا يجوز الإبراء عن المبيع لأنه عين وإسقاط العين لا يصح اهـ. وظاهره يخالف ما قدمناه عن التجنيس في الإبراء عن المسلم فيه. وفي الظهيرية: لو أن رب السلم وهب المسلم فيه للمسلم إليه كانت إقالة للسلم ولزمه رد رأس المال إذا قبل. وفي المبسوط: إذا أبرأ رب

تقريباً لأن نصف الصاع ربع مد شامي تقريباً. قوله: **(بل بطريق الحط عن رأس المال)** قال الرملي: فيه صراحة بجواز الحط عن رأس المال وتجوز الزيادة فيه، والظاهر فيها اشتراط قبضها قبل التفرق بخلاف الحط. قال في التتارخانية في الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه: باع ديناراً بعشرة دراهم ثم زاد أحدهما صاحبة وقبل الآخر فإن قبض الزيادة قبل أن يتفرقا جاز، وإن تفرقا من غير قبض بطلت الزيادة وبطل البيع في حصة الزيادة، ولو حط درهماً من ثمن الدينار جاز، سواء كان قبل التفرق أو بعده اهـ. وقدمنا في الحاشية عند قوله «والزيادة في المبيع» أنه لا تجوز الزيادة في المسلم فيه ويجوز الحط تأمل.

فائدة خمسة أشياء تجوز في السلم: الوكالة والحوالة والكفالة والإقالة والرهن. وخمسة أشياء لا تجوز في السلم: الشركة والتولية وبيعة قبل القبض والاعتياض عن المسلم فيه والاعتياض عن رأس المال بعد الإقالة؛ كذا في خزانة أبي الليث. قوله: **(في الإبراء عن المسلم فيه)** لعل الصواب عن

. . . .

السلم المسلم إليه عن طعام السلم صح إبراؤه في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح ما لم يقبل المسلم إليه، وإذا قبل كان فسخاً لعقد السلم، ولو أبرأ المسلم إليه رب السلم عن رأس المال وقبل الإبراء بطل السلم وإن رده لا. والفرق بين رأس المال والمسلم فيه أن المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال اهـ. وذكر في الذخيرة قولين في مسألة الإبراء عن بعض المسلم فيه هل هو إقالة فيرد ما قابله، أو حط له فلا يرد، وبه اندفع الإشكال. وذكر القولين أيضاً فيما إذا أبرأه عن الكل وقبل فقيل يرد رأس المال كله، وقيل لا يرد شيئاً اهـ. ودل كلام المصنف رحمه الله تعالى على منع الاستبدال بهما، أما الاستبدال برأس مال السلم في مجلس العقد فهو غير جائز بأن يأخذ برأس المال شيئاً من غير جنسه لكونه يفوت القبض المشروط لأن بدل الشيء غيره، وكذا الاستبدال ببدل الصرف فإن أعطاه من جنس رأس المال أجود أو أردأ ورضي المسلم إليه بالأردأ جاز لأنه قبض جنس حقه وإنما اختلف الوصف، فإن كان أجود فقد قضى حقه وأحسن في القضاء، وإن كان أردأ فقد قضاه ناقصاً فلا يكون استبدالاً إلا أنه لا يجبر على أخذ الأردأ ويجبر على أخذ الأجود لأنه في العادة لا يعد فضلاً وإنما هو إحسان في القضاء والإيفاء، وأما الاستبدال بالمسلم فيه بجنس الآخر فلا يجوز لكونه بيع المنقول قبل قبضه. وإن أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال؛ كذا في البدائع. وفي البزازية: أسلم في ثوب وسط وجاء بالجيد فقال خذ هذا وزدني درهماً فعلى وجوه: إن المسلم فيه كيلي أو وزني أو ذرعي لا يخلو إما أن يكون فيه فضل أو نقصان وذلك في القدر أو في الصفة، فإن كيلياً بأن أسلم في عشرة أقفزه فجاء بأحد عشر فقال خذ هذا وزدني درهماً جاز لأنه باع معلوماً بمعلوم، ولو جاء بتسعة وقال خذه وأرد عليك درهما جاز أيضاً لأنه إقالة البعض وإقالة الكل تجوز فكذا إقالة البعض. ولو جاء بالأجود أو الأرد أو قال خذ وأعط درهماً أو أرد عليك درهماً لا يجوز عندهما خلافاً للثاني. وفي الثوب إن باع بذراع أزيد وقال زدني درهماً جاز لأنه بيع ذراع يملك تسليمه بدرهم فاندفع بيعه مفرداً، وكذا لو زاد في الوصف يجوز عندهم وإن جاء بأنقص ذراعاً ورد لا يجوز عندهما لأنه إقالة فيما لا يعلم حصته لكون الذراع وصفاً مجهول الحصة. ولو جاء بأنقص من حيث الوصف لا يجوز ولو بأزيد وصفاً يجوز لأنه إقالة فيما لا

المبيع لأن كلام البدائع موافق لكلام التجنيس في جواز الإبراء عن المسلم فيه لأن الذي له المطالبة أما العين فلا يملكها إلا بالقبض كما مر أول الباب فلم يلزم إسقاط العين، نعم يخالفه ظاهراً في المبيع فإن كلام التجنيس صريح في صحة هبته، وفي البدائع قال لا يجوز الإبراء عنه لأنه عين فليتأمل.

قوله: **(وبه اندفع الإشكال)** الظاهر أنه أراد به المخالفة بين ما في البدائع والتجنيس ولا يخفى عدم اندفاعه تأمل.

تولية فإن تقايلا السلم لم يشتر من المسلم إليه شيئاً برأس المال ولو اشترى المسلم إليه كراً وأمر

يعلم. وهذا إذا لم يبين لكل ذراع حصة، أما إذا بين جاز في الكل بلا خلاف اهـ. وقيد بقوله «قبل القبض» لأن بيعه بعده على رأس المال ومرابحة ووضيعة وشركة جائز، كذا في البناية. وفي القنية: أسلم ديناراً في مائتي منّ من الزبيب فلما حل الأجل وعجز عن أدائه باع رب السلم من المسلم إليه مائة منّ من ذلك الزبيب الذي على المسلم إليه بدينار وقبض الدينار لا ينفسخ السلم في حصة الدينار اهـ. والحاصل أن التصرف المنفي في الكتاب شامل للبيع والاستبدال والهبة والإبراء إلا أن في الهبة والإبراء يكون مجازاً عن الإقالة فيرد رأس المال كلاً أو بعضاً ولا يشمل الإقالة فإنها جائزة ولا التصرف في الوصف من دفع الجيد مكان الرديء والعكس.

قوله: **(فإن تقايلا السلم لم يشتر من المسلم إليه شيئاً برأس المال)** يعني قبل قبضه بحكم الإقالة لقوله عليه السلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» أي سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال فصار رأس المال بعد الإقالة بمنزلة السلم فيه قبله فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره، فحكم رأس المال بعدها كحكمه قبلها إلا أنه لا يجب قبضه في مجلسها كما كان يجب قبلها لكونها ليست بيعاً من كل وجه ولهذا جاز إبراؤه عنه وإن كان لا يجوز قبلها. وفي الإيضاح للكرماني أن الإقالة فيه بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع. وفي البدائع: قبض رأس المال إنما هو شرط حال بقاء العقد فأما بعد ارتفاعه بطريق الإقالة أو بطريق آخر فقبضه ليس بشرط في مجلس الإقالة بخلاف القبض في مجلس العقد، وقبض بدل الصرف في مجلس الإقالة شرط لصحة الإقالة كقبضها في مجلس العقد. ووجه الفرق أن القبض في مجلس العقد في البدلين ما شرط لعينه وإنما شرط للتعيين وهو أن يصير البدل معيناً بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين، ولا حاجة إلى التعيين في مجلس الإقالة في السلم لأنه لا يجوز استبداله فيعود إليه عينه فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف التصرف لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض لأن استبداله جائز فلا بد من شرط القبض في المجلس للتعيين اهـ. وذكر الشارح من باب التحالف من كتاب الدعوى الإقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ ألا يرى أنهما لو قالا نقضنا الإقالة لا تنتقض، وكذا لو كان رأس المال عرضاً فقبضه المسلم إليه ثم رد عليه بعيب بقضاء ثم هلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالإقالة فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه، والساقط لا يحتمل العد بخلاف الإقالة في البيع لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك المشتري اهـ. ومن هنا يعلم أن فسخ الإبراء لا يصح بالأولى. وفي الذخيرة من باب السلم: لو اختلفا في رأس المال بعد الإقالة فالقول للمسلم إليه ولا يتحالفان. وذكر ما ذكره الشارح ثم قال: لو

رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل ولو أمر رب

تقايلا بعد ما سلم المسلم إليه المسلم فيه ثم اختلفا في رأس المال تحالفا لأن المسلم فيه عين قائمة وليس بدين فالإقالة هنا تحتمل الفسخ قصداً اهـ. قيد بالسلم لأن الصرف إذا تقايلاه جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه في مجلس الإقالة بخلاف السلم، وبيان الفرق في الإيضاح للكرماني.

قوله: **(ولو اشترى المسلم إليه كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل)** معناه أن يكيله لنفسه بعد القبض ثانياً لأنه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم إليه وبين المشتري منه، وصفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين ولم يوجد في الأولى وهي ما إذا أمر المسلم إليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء لحقه فلم يصح، ووجد في الثانية وهي ما إذا أمر رب السلم بقبضه له بأن يكيله ثم يقبضه بنفسه بالكيل ثانياً. والأصل فيه أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري. ومحمله على ما إذا اجتمعت الصفقتان فيه، وأما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح. والدليل على أنه بيع عند القبض ما قال في الزيادات: لو أسلم مائة كر ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كر حنطة بمائتين درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن؛ كذا في فتح القدير. قيد بالشراء لأن المسلم إليه لو ملك كراً بإرث أو هبة أو وصية فأوفاه رب السلم واكتاله مرة جاز لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل، وقيد بالكر وهو ستون قفيزاً أو أربعون على الخلاف لأن المسلم إليه لو اشترى حنطة مجازفة فأوفى رب السلم فاكتالها مرة جاز لما ذكرنا. وأشار بالكر المكيل إلى أنه لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم إليه موزوناً كذلك إلى آخره لا يجوز قبض رب السلم إذ لا فرق بين المكيل والموزون في هذا الحكم، وكذا المعدود إذا اشتراه بشرط العد فإنه كالمكيل والموزون كما قدمناه. وذكر في البناية أن في المعدود روايتين. وإنما فسرنا تكرار الأمر في كلام المصنف بتكرار الكيل لأن الشرط أن يكيله مرتين وإن لم يتعدد الأمر حتى لو قال اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضاً، ولفظ الجامع يفيده فإنه لم يزد على قوله فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه؛ كذا في فتح القدير. وأما على قوله «وصح لو قرضاً» فصورته: استقرض منه كراً فاشترى المستقرض كراً فأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه، وإنما جاز بلا إعادة الكيل لأن القرض إعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديراً فلم يكن استبدالاً، ولو كان استبدالاً للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه له ثم لنفسه من غير إعادة الكيل. وأشار بقوله «لم يصح» إلى أنه لم يدخل في ضمان رب السلم حتى لو هلك في يده هلك من

السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قبضاً بخلاف المبيع ولو أسلم أمة في كر

مال المسلم إليه كما في البناية. وللقرض صورة أخرى هي لو كان الدين الأول سلماً فلما حل اقترض المسلم إليه من رجل كراً وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا لأن عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة، ولهذا لو استقرض من أخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل القبض.

قوله: **(ولو أمر رب السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع)** أي لو اشترى مكيلاً معيناً ودفع المشتري إلى البائع ظرفاً وأمره أن يكيله في ظرفه ففعل البائع والمشتري غائب صح. والفرق أن رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه إلا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيراً للظرف جاعلاً فيه ملك نفسه كالدائن إذا دفع كيساً إلى الدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه لم يصر قابضاً بوزنه فيه، وصح الأمر في البيع لمصادفته ملكه لكونه صار مالكاً للعين بنفس العقد فصار البائع وكيلاً عنه في أمساك الغرائر فصارت في يد المشتري حكماً، وصار الواقع فيها واقعاً في يد المشتري، وأشار المصنف بالفرق إلى مسائل: الأولى لو أمر المشتري البائع بطحن الطعام كان الطحين للمشتري ولو أمر رب السلم كان الطحين للمسلم إليه، فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حرماً لأنه استبدال بالمسلم فيه قبل قبضه؛ كذا في فتح القدير. الثانية لو أمره المشتري أن يصبه في البحر ففعل هلك من مال المشتري وفي السلم يهلك من مال المسلم إليه وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها. الثالثة يكتفي بكيل البائع في الشراء على الصحيح بخلاف السلم. قيدنا بكون الظرف للمشتري لأنه لو كان للبائع فأمره المشتري بالكيل فيه ففعل لم يصر قابضاً لكون المشتري استعار ظرفه ولم يقبضها فلا يصير في يده، فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله في ناحية من بيت البائع فإن المشتري لا يكون قابضاً، فإن البيت بنواحيه في يد البائع. وفي البدائع: لو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل صار قابضاً بالتخلية إجماعاً إن كان المشتري حاضراً وإلا لا ما لم يسلمها إليه عند محمد، سواء كانت الغرائر بعينها أو لا. وقال أبو يوسف: إن كانت بعينها صار قابضاً وإلا لا ا هـ. وقيد بقوله «وهو غائب» لأنه إذا كان حاضراً صار المسلم إليه قابضاً، سواء كانت الغرائر له أو للبائع، أو كانت مستأجرة، وبه صرح الفقيه أبو الليث؛ كذا في البناية. والتقييد بظرف الآمر ليفهم منه حكم ما إذا كان أمره بكيله في ظرف المسلم إليه بالأولى وقد سوى بينهما في البدائع. وأشار المؤلف بالفرق بينهما إلى أنه لو اجتمع الدين والعين بأن اشترى كراً معيناً وله على البائع كر دين والظرف للمشتري فأمره أن يجعلهما فيه، فإن بدأ المأمور بوضع العين صار

قوله: **(جاز له أن يتصرف فيها قبل القبض)** صوابه قبل الكيل كما في عبارة فتح القدير لأن القرض لا يملك قبل القبض.

وقبضت الأمة فتقايلا فماتت أو ماتت قبل الإقالة بقي وصح وعليه قيمتها وعكسها شراؤها

الآمر قابضاً للعين والدين، أما العين فلصحة القبض بصحة الآمر، وأما الدين فلاتصاله بملكه لكون العين صارت في يده حكماً وبمثله يصير قابضاً كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه صح الأمر وصار المستقرض قابضاً له، وكمن دفع إلى صانع خاتماً وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار صح وصار قرضاً. وفي الايضاح: وليس فيه أنه إذا هلك قبل التسليم هل يصير قابضاً أم لا. قال: وإن جعلناه قابضاً فالوجه فيه أن الخلط استهلاك وهو من أسباب التملك وإن بدأ بالدين ثم بالعين لم يصر قابضاً، أما الدين فلعدم صحة الأمر به، وأما العين فلأنه خلطه بملك نفسه قبل التسليم بحيث لا يتميز فصار مستهلكاً للبيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فينتقض البيع، وهذا الخلط غير مرضي به من جهة المشتري لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين. وعندهما المشتري بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما؛ كذا في الهداية. وخصه قاضيخان بقول محمد، أما عند أبي يوسف إذا بدأ بالدين يصير قابضاً لهما جميعاً كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين إذ الخلط ليس باستهلاك. وقال محمد: يصير قابضاً للعين دون الدين فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين. وأشار بقوله «في ظرفه» إلى أنه لا طعام فيه فلو كان في الظرف طعام لرب السلم قبل لا يصير قابضاً لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير. قال في المبسوط: والأصح عندي أنه يصير قابضاً لأن أمره بخلط طعام السلم بطعام على وجه لا يتميز به معتبر فيصير به قابضاً؛ كذا في فتح القدير. وأشار المصنف بمسألة السلم إلى مسألة القرض قال في البدائع: وكذلك لو استقرض من رجل كراً ودفع إليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قابضاً لأن القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح الأمر اهـ.

قوله: **(ولو أسلم أمة في كر وقبضت الأمة فتقايلا وماتت أو ماتت قبل الإقالة بقي وصح وعليه قيمتها)** أي بقي عقد الإقالة فيما إذا تقايلا وهي حية ثم ماتت وصح إنشاء عقد الإقالة إذا تقايلا بعد موتها ووجب على المسلم إليه قيمة الجارية في المسألتين يوم قبضها لأن شرط صحة الإقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باقٍ في ذمة المسلم إليه بعد هلاك الجارية، فإذا انفسخ العقد وجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كما لو تقايضا ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما أو هلك أحدهما بعد الإقالة، وإنما اعتبر يوم القبض لأنه سبب الضمان كالغصب قوله: **(وعكسها شراؤها بألف)** أي إذا ماتت الجارية المبيعة لم تصح الإقالة، وإذا تقايلا ثم ماتت بطلت الإقالة لأن المعقود عليه الجارية فلا بد من قيامها لصحة الإقالة وبقائها إلى أن تقبض. وقيد به لأن الإقالة في الصرف صحيحة بعد هلاك البدلين أو أحدهما باقية بعد الهلاك لأن المعقود عليه

بألف والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف والأجل وصح السلم والاستصناع في

في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر وهو غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض عين، ولذا لو كان المقبوض قائماً لم يتعين للرد بعد الإقالة. وفي القنية: تقايلا البيع في العبد فأبق من يد المشتري فإن لم يقدر على تسليمه بطلت الإقالة والبيع بحاله ا هـ. والحاصل أنه يشترط لصحة إقالة البيع قيام المبيع دون الثمن فلو تقايلا بعد هلاك الثمن ولو معيناً صحت ولكن لا بد من عدم الإبراء عنه لما في القنية: أبرأ البائع المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع ثم تقابلا لا تصح ا هـ. وقيد بهلاكها لأنها لو قطعت يدها ثم تقايلا صحت ولزمه رد جميع الثمن ولا شيء للبائع من أرش اليد إذا علم وقت الإقالة أنها قطعت يدها وأخذ المشتري أرشها، وإن لم يعلم يخير المشتري بين الأخذ بجميع الثمن أو الترك؛ كذا في القنية. ثم رقم: الأشجار لا تسلم للمشتري وللبائع أن يأخذ قيمتها منه لأنها موجوده وقت البيع بخلاف الأرش لأنه لم يدخل في البيع أصلاً لا قصداً ولا ضمناً. وقال قبله: اشترى أرضاً مع الزرع وأدرك الزرع في يده ثم تقايلا لا تجوز الإقالة لأن العقد إنما ورد على القصيل دون الحنطة، ولو حصد المشتري الزرع ثم تقايلا صحت الإقالة في الأرض بحصتها من الثمن، ولو اشترى أرضاً فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الإقالة بجميع الثمن ولا شيء للبائع من قيمة الأشجار وتسلم الأشجار للمشتري. هذا إذا علم البائع بقطع الأشجار، وأما إذا لم يعلم به وقت الإقالة يخير إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك ا هـ.

قوله: **(والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنافي الوصف والأجل)** أي إذا اختلفا في اشتراط وصف السلم بأن قال أحدهما شرطناه رديئاً وقال الآخر لم نشترط شيئاً أو قال أحدهما شرطنا **الأجل** وقال الآخر لم نشترط شيئاً كان القول لمن ادعى الاشتراط فيهما لا لمن نفاه فيهما لأنه مدعي الصحة إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلاً موصوفاً فشهد له الظاهر لأن الفاسد حرام والظاهر أن المسلم لا يباشره. أطلقه فشمل ما إذا كان رب السلم مدعي الوصف أو المسلم إليه وفي الأول خلافهما، فالإمام علل بأنه مدعي الصحة وهما عللا بأن المسلم إليه منكر فالقول له. وشمل أيضاً ما إذا كان مدعي الأجل المسلم إليه أو رب السلم وفي الأول خلافهما لإنكاره وإذا قبل في الثاني قول رب السلم اتفاقاً رجع إليه في مقدار الأجل أيضاً فيقبل قوله في أصله ومقداره. والأصل عند الإمام أن القول لمدعي الصحة سواء كان الآخر متعنتاً أو لا، وعندهما القول للمنكر إن لم يكن متعنتاً وهو من أنكر ما ينفعه، وغير المتعنت من أنكر ما يضر. هذا في الشريعة، وأما المتعنت في اللغة فهو من يطلب العنت وهو الوقوع فيما لا يستطيع الإنسان الخروج عنه؛ كذا في البناية. ولو قال المصنف «والقول لمدعي

قوله: **(ولو قال المصنف والقول لمدعي الوصف الخ)** قال في النهر: هذا أي قول المصنف والقول لمدعي الرداءة صادق بما إذا قال أحدهما شرطنا رديئاً فقال الآخر لم نشرط شيئاً وبما إذا ادعى

....

الوصف الشامل للرداءة والجودة» لكان أولى لأن أحدهما لو قال شرطناه جيداً ونفى الآخر الاشتراط أصلاً فالقول للمثبت. قيد الاختلاف في أصل التأجيل لأنهما لو اختلفا في مقداره فالقول للطالب مع اليمين لإنكاره الزيادة وأي برهن قبل، وإن برهنا قضى ببينة المطلوب لإثباتها الزيادة. وإن اختلفا في مضيه فالقول للمطلوب لإنكاره توجه المطالبة، فإن برهنا قضى ببينة المطلوب لإثباتها زيادة الأجل فالقول قوله أي المسلم إليه والبينة بينته، أما إذا نظرنا إلى الصورة فهو منكر، وإن نظرنا إلى المعنى فمعناه ثبوت الحق في الشهر المستقبل فإذا أقاما البينة فبينة المسلم إليه بمعناها أثبتنا حقاً له في شهر لم يتعرض ببينة رب السلم لذلك الشهر فكانت بينته أولى؛ كذا في إيضاح الكرماني. ثم اعلم أن بين الأجل والوصف فرقاً وهو أن الاختلاف في مقدار الأجل يعني أنه ما هو لا يوجب التحالف وفي الوصف يوجبه لكونه يجري مجرى الأصل. وفي الخلاصة: إذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي، فإن قالا جيد أجبره على القبول، فإذا اختلفا في السلم يتحالفان استحساناً ويبدأ بيمين المطلوب عند أبي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد، وأي برهن قبل، فإن برهنا قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف، ويقال هو قول أبي حنيفة والمسألة على ثلاثة أوجه: لأن رأس المال إما عين أو دين، وكل وجه على ثلاثة أوجه: اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما. فإن كان رأس المال عيناً واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر أو في شعير أو في الحنطة الرديئة وأقاما البينة قضى ببينة رب السلم اجماعاً، وإن اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه أنه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في كر شعير وأقاما البينة قضى بالمسلمين، فمحمد رحمه الله مر على أصله، وأبو يوسف يقول كل يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر. وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير إن اتفقا في رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وإن كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الاختلاف. ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كري حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وأقاما البينة فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضي بسلمين، وعند محمد يقضي بسلمين. عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن

الآخر اشتراط الجودة وقال الآخر إنما شرطنا ردية والمراد الأول ولذا أردفه بقوله لا لنا في الوصف والأجل، ولإفادة أن الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما شرطنا جيداً وقال الآخر لم نشرط شيئاً فالحكم

نحو خف وطست وله الخيار إذا رأى المصنوع وللصانع بيعه قبل أن يراه ومؤجله سلم.

يقضي بسلمين كما في الثوبين؛ كذا في فتح القدير. والحاصل أنهما إن اختلفا في الجنس والصفة أو المقدار تحالفا، سواء كان في رأس المال أو في المسلم إليه. وإن اختلفا في اشتراط الوصف أو الأجل فالقول لمثبته لا لنافيه، وإن اختلفا في مقدار الأجل فالقول لرب السلم، وإن اختلفا في مضيه فالقول للمسلم إليه، وإن اختلفا في بيان مكان الإيفاء فالقول للمطلوب وفي اشتراطه فلمن أثبته. وفي الظهيرية: إذا اختلفا في جنس المعقود عليه تحالفا وكذا في الصفة بخلاف الاختلاف في الصفة في بيع العين، ولو اختلفا في مكان الإيفاء فالقول للمطلوب، وإن برهنا فللطالب عنده، وعندهما يتحالفان ويترادان السلم، وقيل على العكس ا هـ. وفي الصحاح: ردأ الشيء يردأ رداءة فهو رديء أي فاسد وأردأته أي أفسدته ا هـ. وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى أولاً في الدعوى التأجيل وفي النفي الأجل فظاهره أنه لا فرق بينهما عنده وليس كذلك لما في القاموس: الأجل غاية الوقت في الموت وحلول الدين ومدة الشيء والجمع آجال والتأجيل تحديد الأجل ا هـ. والتحديد بمعنى التقدير وقدمنا أنهما لو اختلفا في مقداره فالقول للطالب فتعين أن يكون التأجيل في كلامه بمعنى الأجل مجازاً بدليل الثاني.

قوله: **(وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست)** أما السلم فلإمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار فكان سلماً باستجماع شرائطه، وأما الاستصناع فالكلام فيه في مواضع: الأول في معناه لغة فهو طلب الصنعة. وفي القاموس: الصناعة ككتابة حرفة الصانع وعمله الصنعة ا هـ. فعلى هذا الاستصناع لغة طلب عمل الصانع. وشرعاً أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفاراً صنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا أو دستاً أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيقبل الآخر منه. الثاني في دليله وهو الإجماع العملي وهو ثابت بالاستحسان، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لكونه بيع المعدوم وتركناه للتعامل. ولا تلزم المعاملة والمزارعة على قول أبي حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الأول، وهذا بالاتفاق فلهذا قصرناه

كذلك وبه اندفع ما في البحر. قوله: **(فتعين أن يكون التأجيل في كلامه بمعنى الأجل)** أقول: الظاهر تعين العكس. ثم رأيت في النهر: لا نسلم أنه يتعين ما ادعاه بل المناسب لوضع المسألة أن يكون الأجل بمعنى التأجيل حتى لو اختلفا في تحديده بأن قال أحدهما أجلناه إلى هبوب الريح وقال الآخر إلى شهر فالقول لمدعي التحديد، وأما ما ذكره فليس من المسألة في شيء فتدبره اهـ. أرى لأن الأجل بمعنى المدة والاختلاف فيها اختلاف في مقدارها وذلك ليس موضوع مسألة الكتاب، وأما الاختلاف في التأجيل فمعناه الاختلاف في التقرير والتحديد والاختلاف فيه اختلاف في أصل

....

على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط له قميصاً بغزل نفسه. وفي القنية: دفع مصحفاً إلى مذهب ليذهبه بذهب من عنده وأراه الذهب أنموذجاً من الأعشار والأخماس ورؤوس الآي وأوائل السور فأمره رب المصحف أن يذهبه كذلك بأجرة معلومة لا يصح. سئل عمر النسقي عمن دفع إلى حائك غزلاً لينسج له عمامة من سداه فجاء بها منسوجة فقال صاحب الغزل اشتريت منك ما في هذا المنسوج من الإبريسم بكذا وقال الآخر بعت هل يصح؟ فقال: بيع ما صار على الآمر للمأمور من الإبريسم السدا بالعقد الأول صار ملكاً للآمر. قال أبو الفضل: الإبريسم دين على الآمر وأجرة العمل عليه. قال النجار ابن لي بيتاً فإذا بنيته يقومه المقومون فما يقولون أدفعه إليك فرضيا به وبناه وقومه رجل باتفاقهما وأبى الصانع فله أجر مثله. وقال أبو حامد وحمير الوبري: هو بمنزلة المقوم لا الحكم فلا يلزمه تقويمه ا هـ. الثالث في صفته فقد اختلفوا في كونه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنشور مواعدة وإنما ينعقد عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، والصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولأن جوازه فيما فيه تعامل خاصة ولو كان مواعدة لجاز في الكل. وسماه أيضاً شراء فقال إذا رآه المستصنع فله الخيار لأنه اشترى ما لم يره ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها، وإثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع كما في بيع المقايضة، وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيه المعدوم موجوداً وهو كثير في الشرع كطهارة صاحب العذر وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم. والرابع في المعقود عليه فاختلف فيه فالمذهب المرضي في الهداية أنه العين دون العمل. وقال البردعي: المعقود عليه العمل دون العين لأن الاستصناع ينبئ عنه. والأديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل على المذهب ما ذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره ولذا لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وإنما يبطله بموت الصانع لشبهه بالإجارة. وفي الذخيرة هو إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل قولهم إذا

وجوده لا في مقداره وفرق بين التقدير والمقدار. ثم إنما كان ما ذكره في النهر من الاختلاف في التأجيل لأن التأجيل إلى هبوب الريح فاسد بمنزلة العدم تأمل. قوله: **(وفي القنية دفع مصحفاً إلى قوله لم يصح)** قال في النهر: وكأنه لعدم التعامل قوله: **(لكن قبل التسليم لا عند التسليم)** قال في الكفاية: ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفي من تركته، ولو انعقد بيعاً ابتداء وانتهاء لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم ويثبت له خيار الرؤية، ولو كان ينعقد عند التسليم لا قبله

....

مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته؛ ذكره محمد في كتاب البيوع. وإنما لم يجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين ماله والإجارة تفسخ بهذا العذر. الخامس في حكمه وهو الجواز دون اللزوم لأن جوازه للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم، وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع له. وتفرع على عدم لزومه ما في فتاوى قاضيخان من الدعوى: رجل استصنع رجلاً في شيء ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما أمرتك به وقال الصانع فعلت قالوا: لا يمين فيه لأحدهما على الآخر. ولو ادعى الصانع على رجل أنك استصنعت إلي في كذا وأنكر المدعى عليه لا يحلف ا هـ.

قوله: **(وله الخيار)** أي للمستصنع الخيار **(إذا رأى المصنوع)** لما قدمناه أنه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لأنه لا فائدة في إثبات الخيار فيه لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين إذا المسلم فيه في الذمة فيبقى فيها إلى أن يقبضه. قيد به لأنه لا خيار للصانع لأنه باع ما لم يره. وعن أبي حنيفة أن له الخيار لأنه يلحقه الضرر بقطع الصرم والصحيح الأول قوله: **(وللصانع بيعه قبل أن يراه)** أي المستصنع لأنه لا يتعين إلا باختياره. قيد بقوله «قبل أن يراه» لأنه إذا رآه ورضي به امتنع على الصانع بيعه لأنه بالإحضار أسقط خيار ولزم قوله: **(ومؤجله سلم)** أي إذا أجله المستصنع صار سلماً وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إن ضرب الأجل فيما فيه تعامل فهو استصناع، وإن ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعاً ويحمل الأجل فيما فيه تعامل على الاستعجال. وله أن يحتمل السلم فحمل عليه وهو أولى لكونه ثابتاً بالكتاب والسنة والإجماع مطلقاً. وأما الاستصناع فبالتعامل ومخصوص بما فيه تعامل، ولأن الأجل لتأخير المطالبة وذلك باللزوم وهو في السلم دونه. والمراد بالأجل ما قدمه من أن أقله شهر فإن لم يصلح كان استصناعاً إن جرى فيه تعامل وإلا ففاسد إن ذكره على وجه الاستمهال، فإن كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد كان صحيحاً. وفصل الهندواني فجعله من المستصنع استعجالاً ومن الصانع تعجيلاً. ثم فائدة كونه سلماً أن يشترط فيه شرائطه من القبض قبل الافتراق وعدم الخيار إلى غير ذلك من

بساعة لم يثبت خيار الرؤية لأنه يكون مشترياً ما رآه وتمامه فيه. وفي نور العين في إصلاح جامع الفصولين نقلاً عن فتاوى ظهير الدين: وينعقد إجارة ابتداء وبيعاً انتهاء متى سلم حتى لو مات الصانع قبل التسليم بطل ولا يستوفي المصنوع من تركته وينعقد بيعاً عند التسليم حتى لو سلم يثبت خيار الرؤية. ثم نقل بعده عبارة الذخيرة ثم قال: فبين ما في الكتابين تعارض ولعل الصواب هو الأول كما لا يخفى على من تأمل اهـ. قوله: **(وفي المغرب الطشت مؤنثة الخ)** قال الرملي قال ابن

باب المتفرقات

صح بيع الكلب والفهد والسباع والطيور والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير ولو

الأحكام. وفي الصحاح: الطست الطس بلغة طيئ أبدل من إحدى السينين تاء للاستثقال فإذا جمعت أو صغرت ردت السين لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء قلت طساس وطسيس ا هـ. وفي المغرب: الطست مؤنثة وهي أعجمية والطس تعريبها والجمع طساس وطسوس، وقد يقال الطسوت ذكره في الشين المعجمة. والقمقمة بالضم معروفة. وقال الأصمعي: هو رومي والجمع قماقم؛ كذا في الصحاح ا هـ والله أعلم.

باب المتفرقات

هكذا في نسخة الزيلعي. وفي نسخة العيني مسائل متفرقة وعبر عنها في الهداية بمسائل منثورة والمعنى واحد. وحاصلها أن المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استدركت سميت بها أي متفرقة من أبواب أو منثورة عن أبوابها قوله: **(صح بيع الكلب والفهد والسباع والطيور)** لما رواه أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه ﷺ رخص في ثمن كلب الصيد، ولأنه مال متقوم آلة الاصطياد فصح بيعه كالبازي بدليل أن الشارع أباح الانتفاع به حراسة واصطياداً فكذا بيعاً. وهذا على القول المفتى به من طهارة عينه بخلاف الخنزير فإنه نجس العين، وأما على رواية أنه نجس العين كالخنزير فقال في فتح القدير: ولو سلم نجاسة عينه فهي توجب حرمة أكله لا منع بيعه بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعاً ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لإطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها، فإن ثبت شرعاً إطلاق الانتفاع بها مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه

كمال باشا في رسالة المغرب ووهم فيه الإمام المطرزي حيث قال الطست مؤنثة وهي أعجمية والطس تعريبها لأن الطس مرخم من الطست كما أن الطش مرخم من الطشت. وكذا الجوهري أخطأ في قوله إن الطست عربي أصله الطس بلغة طيئ أبدل من إحدى السينين تاء للاستثقال فإذا جمعت أو صغرت رددت السين لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء فقلت طساس وطسيس. وتبعه صاحب القاموس حيث قال: الطست الطس أبدل من إحدى السينين تاء. وصاحب المجمل أيضاً غافل عن تعريبها حيث قال: والطس لغة في طست اهـ

باب المتفرقات

قوله: **(فيجوز السلم في الخمر دون الخنزير)** لأن السلم في الحيوان لا يجوز. قوله: (لأن

....

وبه قال مشايخنا. وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو الحديث «إن الذي حرم شربها حرم بيعها»[١] ا هـ. وفي القنية: اشترى ثوراً أو فرساً من خزف لاستئناس الصبي لا يصح ولا يضمن متلفه (طب) صح ويضمن متلفه. يجوز بيع خرء الحمام إن كان كثيراً وهبته أدنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز ا هـ. أطلقه فشمل المعلم وغيره العقور وغيره هكذا أطلق في الأصل فمشى القدوري على هذا الإطلاق. ونص في نوادر هشام عن محمد في جواز بيع العقور وتضمين من قتله قيمته. وعن أبي يوسف منع بيع العقور وذلك في المبسوط أنه لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال: هذا هو الصحيح من المذهب قال: وهكذا نقول في الأسد إذا كان يقبل التعليم ويصطاد به أنه يجوز بيعه وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز. قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال ا هـ. فعلى هذا لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشراسته لا يقبل التعليم. وفي بيع القرد روايتان وجه رواية الجواز وهو الأصح كما ذكره الشارح أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه إطلاق رواية بيع الكلب والسباع فإنه مبني على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه. وصحح في البدائع عدم الجواز لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للتلهي به وهو حرام ا هـ. ويجوز بيع الهرة لأنها تصطاد الفأرة والهوام المؤذية فهي منتفع بها، ولا يجوز بيع هوام الأرض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب، ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان، وكذا كل ما كان في البحر إلا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه؛ كذا في البدائع. وفي القنية: وبيع غير السمك من دواب البحر إن كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز وإلا فلا. وجمل الماء قيل يجوز حياً لا ميتاً، والحسن أطلق الجواز، وذكر أبو الليث يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية فإن لم ينتفع بها لا يجوز. ورده في البدائع بإنه غير سديد لأن المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع. ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين، أما العذرة فلا ينتفع بها إلا مخلوطة بالتراب فلا يجوز إلا تبعاً. ويجمع الفهد على فهود، وفهد الرجل إذا أشبه الفهد في كثرة نومه وتمرده. وفي الحديث «إن دخل فهد وإن خرج أسد»[٢] والسبع واحد السباع؛ كذا في الصحاح. وفي فتح القدير: والانتفاع بالكلب للحراسة والاصطياد جائز إجماعاً لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا إن خاف اللصوص أو عدواً وفي الحديث

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ٦٨. النسائي في كتاب البيوع باب ٩. الموطأ في كتاب الأشربة حديث ١٢.

(٢) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٨٢. مسلم في كتاب فضائل الصحابة حديث ٩٢.

....

الصحيح «من أقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيرطان»(١) وفي البدائع: ويجوز بيع الفيل بالإجماع لأنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالاً.

قوله: **(والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير)** لأنه مكلف محتاج فشرع في حقهم أسباب المعاملات فكل ما جاز لنا من المبيعات من الصرف والسلم وغيرهما جاز له، وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز له إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم فيها كعقدنا على العصير والشاة فيجوز له السلم في الخمر دون الخنزير. وفي البدائع: لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير، أما على قول بعض مشايخنا فلأنه مباح الانتفاع به شرعاً لهم فكان مالاً في حقهم، وعن البعض حرمتهما ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي محرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ا هـ. قيد بالخمر والخنزير لأنا لا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم، وأما المنخنقة والتي قد جرحت في غير موضع الذبح وذبائح المجوس كالخنزير قال في الإصلاح: فالمستثنى غير مختص بهما كما يفهم من الهداية ا هـ. وفي البزازية: وبيع المجوسي ذبيحته أو ما هو ذبيحة عنده كالخنق من كافر جائز عند الثاني ا هـ. فظاهره أنه غير جائز عند الأول والثالث، وحينئذ فالمستثنى مختص بالخمر والخنزير لا كما زعم صاحب الإصلاح. وفي البزازية أيضاً: بيع متروك التسمية عمداً من كافر يجوز ا هـ. وفي القنية من كتاب الشفعة: تأخير اليهودي في السبت لاشتغاله بالسبت مبطل للشفعة. وفيها من الحدود: ويمنع الذمي عما يمنع المسلم إلا شرب الخمر فإن غنوا وضربوا العيدان يمنعوا كالمسلمين لأنه لم يستثن عنهم ا هـ. وفي ايضاح الكرماني: ولو باح ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض

الكفار مخاطبون) قال في متن المنار: والكفار مخاطبون بالأمر بالإيمان وبالمشروع من العقوبات وبالمعاملات وبالشرائع في حق المؤاخذة في الآخرة بلا خلاف أي المشروعات كالصلاة والصوم، وأما في وجوب الأداء في أحكام الدنيا فكذلك عند البعض، والصحيح أنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات اهـ. قال المؤلف في شرحه: كالصلاة والصوم فلا يعاقبون على تركها ثم قال: والراجح ما عليه الأكثر من العلماء على التكليف لموافقته لظاهر النصوص فليكن هو المعتمد اهـ. قوله: **(فالمستثنى غير مختص بهما)** قال في النهر: أقول: ولا هو مختص بما ذكره لأن الكافر لو

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ٣. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٥٠- ٥٤، ٥٧. الترمذي في كتاب الصيد باب ١٧. النسائي في كتاب الصيد باب ١٢- ١٤. الموطأ في كتاب الاستئذان حديث ١٢، ١٣. أحمد في مسنده (٢/ ٤، ٨، ٤٧).

قال بيع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف فباع صح بألف وبطل الضمان وإن زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن ووطء زوج المشتراة قبض لا

انتقض البيع، والمراد بلفظة الانتقاض إثبات حق الفسخ لتعذر القبض بالإسلام فصار كما لو أبق المبيع، فإن صار خلاً قبل القبض خير المشتري إن شاء نقض وإن شاء أخذ في قولهما. وعند محمد العقد باطل. وكذا المسلم إذا اشترى عصيراً فتخمر ولو قبض الخمر ثم أسلما أو أحدهما جاز البيع قبض الثمن أو لا، ولو اشترى الذمي عبداً مسلماً جاز وأجبر على بيعه، وكذ إذا اشترى مصحفاً. ولو اشترى كافر من كافر عبداً أو مسلماً شراء فاسداً أجبر على رده ويجبر البائع على بيعه لأن دفع الفساد واجب حقاً للشرع فيجبر على الرد لينعدم الفساد، ثم يجبر البائع على بيعه، فإن أعتقه الذمي جاز، وإن دبره جاز ويسعى في قيمته، وكذا لو كانت أمة فاستولدها ويوجع الذمي ضرباً لأنه وطئ مسلمة وذلك حرام فإن كاتبه جاز ولا يفترض عليه، فإن عجز أجبر على بيعه. وكذا الذمي إذا ملك شقصاً من مسلم فهو كالكل، فإذا كان أحد المتعاقدين مسلماً والآخر ذمياً لم يجز بينهما إلا ما يجوز بين المسلمين. ولو أقرض النصراني نصرانياً خمراً ثم أسلم المقرض سقط الخمر لتعذر قبضها فصار كهلاكها مستنداً إلى معنى فيها، وإن أسلم المستقرض فعن أبي حنيفة سقوطها، وعنه أن عليه قيمتها وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته ا هـ. ولم أر حكم وقف الكافر مصحفاً.

قوله: **(ولو قال بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف فباع صح بألف وبطل الضمان وإن زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن)** لأنه في الأول يصير التزاماً للمال ابتداء وهو رشوة، وفي الثاني يصير زيادة في الثمن وهي جائزة من الأجنبي ولا رجوع له بها على المشتري، ولا تظهر في حق الشفيع والمرابحة، ولا يحبس البائع

اشترى مسلماً أو مصحفاً أو شقصاً منهما يجبر على بيعه ولو كان المشتري صغيراً أجبر وليه، ولو لم يكن له ولي أقام القاضي له ولياً؛ كذا في السراج. وينبغي أن عقد الصغير في هذا لا يتوقف على الإجازة اهـ. أي لعدم فائدته لأنه إذا أجازه وليه يجبر على بيعه وقد يقال إنه قد يسلم قبل إجبار وليه فيبقى على ملكه تأمل. وأقول أيضاً: قول المصنف والذمي كالمسلم إن كان المراد به التشبيه من حيث الحل والحرمة فما زاده مسلم وإن كان من حيث الصحة والفساد فلا وهو الظاهر لموافقته للصحيح من مذهب أصحابنا كما مر فتدبر. قوله: **(أو ما هو ذبح عنده)** معطوف على قوله «ذبيحته» وقوله «كالخنق» تمثيل لما هو ذبح عنده، وقوله «من كافر» متعلق ببيع الذي هو مبتدأ وقوله جائز خبر قوله: **(فظاهره أنه غير جائز عند الأول والثالث)** قال في النهر: ممنوع لجواز أن يكون نسبه إليه لأنه هو المخرج له ولا قول لهما فيه وقد التزم مثله في طلاق فتح القدير والمعنى يشهد له لأن ما ذكر لا ينزل عن مرتبة الخنزير إذا ذبحه الذمي اهـ. أقول: تقدم التصريح بالخلاف في البيع الفساد عند قوله «لم يجز بيع الميتة» حيث قال المؤلف هناك عن التجنيس: ولو باعوا ذبيحتهم وذبحهم أن يخنقوا الشاة

....

المبيع عليها وإنما يحبسه على ألف ويرابح عليها ويأخذ الشفيع بها. ولو تقايلا البيع استردها الأجنبي، وكذا إن ردت عليه بعيب بغير قضاء وبه لا يستردها لكونه فسخاً إجماعاً. ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري صارت كزيادته بنفسه فتلتحق بأصل العقد فتثبت الأحكام كلها إلا أنه لا يطالب البائع بها وإنما يطالب من زاد كأنه وكيله. ولو رد بعيب أو تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لكونه أخذها منه دون المشتري. وذكر في الكافي أن الشفيع يأخذها بالألف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه. وإنما ظهرت في حقه مع أن زيادة المشتري لا تظهر في حقه لأنها في العقد فصارت من الثمن بخلافها بعد العقد. قيد بقوله «سوى الألف» لأنه لو قال بعه بألف على أني ضامن لك مائة من الثمن صار كفيلاً بمائة من الثمن ولا تثبت الزيادة، فإن أدى رجع به إن كان بأمره وإلا فلا. وقيد بكون الزيادة في العقد لأن الأجنبي إذا زاد بعد العقد فإنه لا يجوز إلا بإجازة المشتري أو يعطي الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها إلى نفسه، وإن زاد بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري لكونه سفيراً ومعبراً لاحتياجه إلى إضافته للمشتري فلا يلزمه إلا بالضمان كالخلع والصلح. وقوله «بع عبدك» كلام أجنبي لا تعلق له بالإيجاب والقبول فلا حاجة إلى قوله في فتح القدير إن قوله بع عبدك أمر والأمر لا يكون في البيع إيجاباً لأن الأمر المشار إليه إنما يكون من المشتري والقائل هنا ليس هو المشتري ولذا قال المصنف «فباع» أي بإيجاب وقبول قوله: **(ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده)** لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوباً إليه كأنه فعله بنفسه، وإن لم يطأها لا يكون قبضاً استحساناً لأنه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصاً في الذات وإنما هو عيب من طريق الحكم. ودلّ وضع المسألة على أن تزويج الأمة قبل قبضها جائز بخلاف بيعها لأن النكاح لا يبطل بالغرر والبيع يبطل به بدليل صحة تزويج العبد الآبق دون بيعه، فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد. قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: والمختار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلاً. وقيد القاضي الإمام أبو بكر بطلان النكاح

ويضربوها حتى تموت جاز لأنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، وفي جامع الكرخي: يجوز البيع بينهم عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. قوله: **(ولم أر حكم وقف الكافر مصحفاً)** قال في النهر بعد نقله عن السراج تعليل إجباره على بيع المصحف بأنه يخاف منه إتلافه بما لا يحل. أقول: في تعليله إيماء إلى أنه ليس قربة عندهم فلا يصح وقفه، وهذا لأن ما يتقرب بإيقافه لا يخشى إتلافه بما لا يحمل كحرق ونحوه. قوله: **(النكاح لا يبطل بالغرر والبيع يبطل به)** قال في الفتح بعده: وفي البيع قبل احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض، ولأن القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك إنما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا

عقده ومن اشترى عبداً فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع وإلا بيع

ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وإن بطل البيع؛ كذا في فتح القدير. قيد بعقد النكاح لأن العتق والتدبير قبض وإن لم يكن فعلاً حسياً لأن العتق إنهاء للملك والتدبير من فروعه، وقدمنا في أول البيوع قبيل خيار الشرط أنه إذا أعتق ما في بطن الجارية لا يصير قابضاً لها، وأن المشتري إذا قال للغلام تعال معي كان قبضاً، وكذا إذا أمر البائع بطحن الحنطة فطحنها، وأن المشتري إذا وطئ الجارية صار قابضاً لها إن حبلت وإلا فللبائع حبسها، فإن منعها البائع فماتت ماتت من ماله ولا عقر عليه. ولو أرسل العبد في حاجته صار قابضاً كأمره أن يؤجر نفسه وقوله للبائع احملني معك على الدابة فحمله إلى آخر ما ذكرته هناك.

قوله: **(ومن اشترى عبداً فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع وإلا بيع بدينه)** لأنها إذا كانت معروفة يتوصل إلى حقه بدون بيعه بالذهاب إليه فلا حاجة إلى بيعه لأن فيه إبطال حق المشتري في العين وإن لم يدر مكانه أجابه القاضي إن برهن لأن البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وإنما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لأن القاضي نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لأن البائع يصل به إلى حقه ويبرأ من ضمانه، والمشتري أيضاً تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فإذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب إقراره فلا يحتاج إلى خصم حاضر وإنما يحتاج إليه إذا كانت البينة للقضاء، وهذا لأن العبد في يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولاً بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي أقر به، ولا يقدر البائع أن يصل إلى حقه كالراهن إذا مات مفلساً، والمشتري إذا مات مفلساً قبل القبض وأراد المصنف بكون المشتري غاب قبل القبض، أما إذا غاب بعده فإن القاضي لا يجيبه لأن حقه غير متعلق بماليته. وإنما جاز للقاضي بيع المنقول قبل قبضه لأن البيع هنا ليس بمقصود وإنما المقصود إحياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لأن الشيء قد يصح ضمناً وإن لم يصح قصداً. وأراد بالعبد المنقول عبداً كان أو غيره، واحترز به عن العقار فلا يبيعه القاضي كما في النهاية وجامع الفصولين. ولم يذكر المصنف أنه يدفع الثمن إلى البائع لأن القاضي إنما يدفع له بقدر ما باعه فإن فضل شيء عن دينه أمسكه للمشتري الغائب لأنه بدل ملكه، وإن لم يف بالدين وبقي شيء يتبعه البائع إذا ظفر به، وقيد بالمبيع لأن القاضي إذا قضى بالبينة على إنسان فغاب وله مال على الناس لا يدفع إلى المقضى له حتى يحضر الغائب إلا في نفقة المرأة والأولاد الصغار والوالدين؛ كذا عن محمد. وكذا لو مات وله ورثه غيب

ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز اهـ. قوله: **(واحترز به عن العقار فلا يبيعه القاضي)** قال في جامع الفصولين بعد هذا بنحو ورقة ونصف: للقاضي ولاية بيع مال الغائب لو كان المديون غائباً لا يبيع القاضي عروضه بدينه عند أبي حنيفة. وقالا يبيعها. وأما العقار فلا يبيعه عند أبي حنيفة

....

ومال في المصر عند المقرين به للمقضى عليه فالقاضي لا يدفع شيئاً منه حتى تحضر ورثته أو يحضر المقضى عليه لو غائباً؛ كذا في جامع الفصولين. وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن من استأجر إبلاً إلى مكة ذاهباً وجائياً ودفع الكراء ومات رب الدابة في الذهاب حتى انفسخت الإجارة فإذا أتى مكة ورفع الأمر إلى القاضي فرأى أن يبيع الدابة ويدفع بعض الأجر إلى المستأجر جاز، وللمستأجر أن يركبها إلى مكة ولا يضمن وعليه الكراء إلى مكة، وإلى أن المديون لو رهن وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر إلى القاضي حتى يبيع الرهن بدينه فإنه ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسألتين والمسألتان في جامع الفصولين. وفيه أيضاً: باع دابة ولم يوقف على المشتري فللحاكم أن يأذن له في بيعها فيأخذ ثمنه من ثمنه لو كان من جنسه ولو أذن له أن يؤجرها ويعلفها من أجرها جاز ا هـ. وبه علم أن في مسألة الكتاب للقاضي أن يأذن للبائع في بيعها كما له أن يبيعها بنفسه أو أمينه، وأن له أن يأذن له في إجارتها لو كان لها أجر. وظاهر كلامهم أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضي فإن باع كان فضولياً، وإن سلم كان متعدياً والمشتري منه غاصب.

فروع متعلقة بالتصرف في مال الغائب منقولة من جامع الفصولين: للقاضي ولاية إيداع مال غائب ومفقود وله إقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم إذ يمكنه البعث إليه إذا خاف التلف فيمكنه حفظ العين والمالية جميعاً، ولا بيع القاضي الأمة المغصوبة إذا غاب مالكها إنما يبيع مال المفقود. سئل نجم الدين عن أمير وهب أمة من خادمه فأخبرته أنها التاجر قتل في عير فأخذت وتداولتها الأيدي حتى وقعت بيد هذا الأمير والموهوب له الآن لا يجد ورثة القتيل ويعلم أنه لو خلاها ضاعت وإن أمسكها يخاف الفتنة، هل للقاضي بيعها من ذي اليد نيابة عن الغائب حتى لو ظهر المالك كان له على ذي اليد ثمنها؟ قال: نعم له ذلك. القاضي لا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما وله أن يكاتبهما ويبيعهما. لا يملك تزويج أمة الغائب وإن لم يكن له مال. للقاضي بيع قن المفقود وأمته لا لو كان غائباً غير مفقود، وللقاضي ولاية بيع مال الغائب. مات ولا يعلم له وارث

وكذا قولهما في الظاهر. وعنهما أن له بيعه كعروضه وعلى هذا الخلاف بيع عروضه ونفقة امرأته، وفي العقار عنهما روايتان. ثم ذكر المسألة الأخيرة الآتية في الفروع ثم قال: له بيع منقول المفقود ولا ينبغي له أن يبيع عقاره ولو باع جاز.

فروع: متعلقة بالتصرف في مال الغائب. قوله: **(لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب)** قال في النهر: والذي ينبغي أن يقال إن خوف التلف مجوز للبيع علم مكانه أو لا، وقدمنا نحوه في خيار الشرط فارجع إليه اهـ. وفي الولوالجية: رجل اشترى لحماً أو سمكاً فذهب ليجيء بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يسع للبائع أن يبيعه من غيره ويسع للمشتري أن يشتريه وإن علم بالقضية، أما

لدينه ولو غاب أحد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه ومن

فباع القاضي داره جاز، ولو علم بموضع الوارث جاز ويكون حفظاً ألا ترى أنه لو باع الآبق يجوز وتمامه فيه.

قوله: (**ولو غاب أحد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه**) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وخالف أبو يوسف في الكل فهذه أحكام: الأول في قبض جميع المبيع على تقدير إيفاء الثمن كله فعنده إذا نقد الثمن لا يأخذ إلا نصيبه لكونه أجنبياً في نصيب الغائب، وهما يقولان: إن الحاضر مضطر إلى أداء كل الثمن لأن للبائع حق حبس كل المبيع إلى أن يستوفي كل الثمن فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء إذا أدى الثمن من ماله. قيد بغيبته لأنه لو كان حاضراً لا يقبضه اتفاقاً ويكون متبرعاً لأنه كالوكيل عنه من وجه من حيث إن ملك الغائب ثبت بقبول الحاضر، غير وكيل من وجه لأن كلاً منهما لا يطالب بنصيب الآخر فلشبهه بالأجنبي كان متبرعاً في حضرته، ولشبهة بالوكيل لم يكن متبرعاً حال غيبته. الثاني في حبسه عن الغائب حتى يعطيه ما دفعه عنه وهو فرع أنه ليس بمتبرع عندهما لما قدمناه، ودل أن له الرجوع عليه واستفيد من قوله «للحاضر الدفع» أن البائع يجبر على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب كما يجبر على تسليم نصيب الغائب فهذه خمسة أحكام على الخلاف. وقيد بقوله «أحد المشتريين» لأنه لو غاب أحد المستأجرين قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعاً لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة قوله: (**ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان**) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد خمسمائة مثقال لعدم الأولوية فيصير كأنه قال بعت بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة. ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال من الدراهم والدنانير فإنه لا يحتاج إلى بيان الفضة وينصرف إلى الجياد، وقيد بقوله «بألف مثقال» لأنه لو باعها بألف من الذهب والفضة فإنه يجب النصف من الذهب مثاقيل، ومن الفضة دراهم العشرة منها وزن سبعة مثاقيل لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود من كل واحد. وأشار المؤلف إلى أنه لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم فإنه يجب من كل جنس ثلث الكر، وهكذا في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والإجارة وبدل الخلع وغيره في الموزون والمكيل والمعدود والمذروع. وفي فتح القدير: في الدراهم ينصرف إلى الوزن المعهود وزن سبعة، ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة

البائع فلأنه يكون راضياً بالانفساخ، وأما المشتري فلأنه لما جاز للبائع البيع حل للمشتري الشراء فإن باع بزيادة يتصدق بها، وإن باع بنقصان فالنقصان موضوع عن المشتري وهذا نوع استحسان. وقوله: (**إذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة**) قال في النهر: وينبغي أن يقال إلا أن يشترط تعجيل

باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان وإن قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء وإن

والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم. وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه ثقل أو خفة يسمونه نصف فضة ا هـ. وعلى هذا إذا شرط بعض الواقفين بمصر للمستحق دراهم ولم يقيدها تنصرف إلى الفلوس النحاس، وأما إذا قيدها بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغتمشية تنصرف إلى الفضة لما في المغرب: النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال نقرة فضة على الإضافة للبيان ا هـ. وفي المصباح: النقرة القطعة المذابة من الفضة وقبل الذوب هي تبر ا هـ.

قوله: **(وإن قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء)** يعني إذا كان له على آخر دراهم جياد فدفع له زيوفاً فهلكت كان قضاء وبرئ ولا رجوع عليه بشيء. أطلقه فشمل ما إذا علم بكونها زيوفاً أما إذا لم يعلم وإنما قيد بالتلف ليعلم حكم ما إذا أنفقها بالأولى وهذا عندهما. وقال أبو يوسف: إذا لم يعلم برد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لأن حقه في الوصف كالقدر وقد تعذر الرجوع بصفة الجودة فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد. ولهما أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم لجاز، ولو لم يكن من الجنس لكان استبدالاً وهو حرام فلم يبق إلا الجودة ولا قيمة لها وقد حصل الاستيفاء، وذكر فخر الإسلام وغيره أن قولهما قياس، وقول أبي يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول أبي يوسف. قيد بتلفها لأنها لو كانت قائمة ردها. وفي الجوهرة من كتاب الرهن: إذا علم قبل أن ينفقها فطالبه بالجياد وأخذها كان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ا هـ. وفي الذخيرة: لو كان له عليه جياد فقضاه زيوفاً وقال أنفقها فإن لم ترج فردها علي ففعل فلم ترج فله أن يردها استحساناً. فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى عيناً فوجد بها عيباً فأراد ردها فقال له البائع بعه فإن لم يشتره أحد فرده علي فعرضه على البيع فلم يشتره أحد منه ليس له أن يرده. والفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجوز به جاز وصار عين حقه، فإذا لم يتجوز بقي على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف فيه فهو في الابتداء تصرف للدافع وفي الانتهاء لنفسه بخلاف التصرف في العين لأنها ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره ا هـ. وقدمنا أن الزيوف كالجياد في خمس مسائل كما في الولوالجية، وزدنا في أول كتاب البيوع سادساً عند الكلام على الأثمان. قيدنا الخلاف بعدم

الأجرة. قوله: **(وعلى هذا إذا شرط بعض الواقفين بمصر الخ)** قال في النهر: ولا يخفى أن كون الدراهم تنصرف إلى الفلوس في شروط الواقفين بمصر مطلقاً أخذاً مما في الفتح فيه نظر إذ غاية ما فيه الإحالة على زمنه، ولا يلزم منه أن يكون في كل زمن كذلك، والذي ينبغي أن لا يعدل عنه اعتبار من الواقف إن عرف، فإن لم يعرف صرف إلى الفضة لأنه الأصل. وأما قيمة كل درهم منها

....

العلم لأنه لو علم بها وأنفقها كان قضاء اتفاقاً. وقيد بالزيوف لأنها لو كانت ستوقة أو نبهرجة فأتلفها فإنه يرد مثلها ويرجع بالجياد اتفاقاً وهما فرقا بأن الزيوف من جنس حقه والستوقة والنبهرجة لا. وفي المصباح: زافت الدراهم تزيف زيفاً من باب «سار» ردأت ثم وصف بالمصدر فقيل درهم زيف مثل فلس وفلوس، وربما قيل زائف على الأصل ودراهم زيف مثل راكع وركع، وزيفتها تزييفاً أظهرت زيفها. قال بعضهم: الدراهم الزيوف هي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت وكانت معروفة قبل زمانا وقدرها مثل سنج الميزان ا هـ. وفي الواقعات الحسامية من البيع تكلموا في معرفة الزيوف والنبهرجة. قال أبو النصر: الزيوف دراهم مغشوشة، أما النبهرجة التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه بالفضة. وقال الفقيه أبو جعفر: الزيوف ما زيفه بيت المال يقال في عرفنا غطريقي لا غير والنبهرجة ما لا يقبله التاجر ا هـ. وفي الجوهرة من الرهن: من كان له على رجل درهم فأعطاه درهمين صغيرين وزنهما درهم جاز ويجبر على قبض ذلك، ولو كان له دينار فأعطاه دينارين صغيرين وزنهما دينار فأبى لم يجبر على ذلك ا هـ. وفي الواقعات الحسامية من كتاب الصلح وقال أبو يوسف: إذا اقتضى دراهم فأنفقها ثم ردت عليه بعيب الزيافة، فإن كان حين أنفقها يعلم أنها زائفة فله أن يردها سواء قبلها بقضاء أو بغير قضاء. فرق بين هذا وبين المبيع إذا قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرده، والفرق أن هناك الرد إذا كان بغير قضاء جعل عقداً جديداً في حق الثالث وهو البائع، أما هنا لا يمكن أن يجعل بيعاً جديداً لأنه لم يملك الرد على ما قدمناه. وقال أبو يوسف: من أقرض كر حنطة عفن وقبضها المستقرض واستهلكها ثم قضاه كر حنطة جيدة، فإن كان قال له الطالب لي عليك حنطة طيبة وصدقه المطلوب ثم قضاه ثم تصادقا أن الكر القرض كان عفناً فللمستقرض أن يرجع فيما قضاه ويعطيه كراً عفناً مثل القرض، فإن لم يكن الطالب قال له كري جيد لكن المستقرض قضاه جيداً من غير شرط جاز، وليس له أن يرجع. قلت: ويحتمل أن يكون جواب الوجه الأول

فقال في البحر بعدما أعاد المسألة في الصرف: قد وقع الاشتباه في أنها خالصة أو مغشوشة وكنت قد استفتيت بعض المالكية عنها يعني به علامة عصره ناصر الدين اللقاني فأفتى أنه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها يساوي نصفاً وثلاثة من الفلوس قال: فليعول على ذلك ما لم يوجد خلافه اهـ. وقد اعتبر ذلك في زماننا لأن الأدنى متيقن به وما زاد عليه فهو مشكوك فيه، ولكن الأوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما في جامع الفصولين من دعوى النقرة: لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد، ولو ادعت مائة درهم وجب لها مائة وسط اهـ. فينبغي أن يعول عليه اهـ. ثم قال في النهر بعد كلام طويل: فعلى هذا فقيمة الدرهم في الشيخونية والصرغتمشية ونحوهما نصفان وهذا النقل هو المعول عليه دون غيره والله تعالى أعلم. قوله:

أفرخ طيراً أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه ما يبطل بالشرط الفاسد ولا

قول أبي يوسف خاصة على ما قدمناه ا هـ. وفي الذخيرة من آخر كتاب الصرف قال أبو حنيفة: لا بأس ببيع المغشوش إذا بين وكان ظاهراً يرى وهو قول أبي يوسف. وقال في رجل معه فضة نحاس لا يبيعها حتى يبين ولا بأس بأن يشتري بستوقة إذا بين، وأرى أن للسلطان أن يكسرها لعلها تقع في أيدي من لا يبين. وبشر في الإملاء عن أبي يوسف أكره للرجل أن يعطي الزيوف والنبهرجة والستوقة والمكحلة والبخارية وإن بين ذلك، وتجوز بها عند الأخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام وما كان ضرراً عاماً فهو مكروه وليس بمعصية، ورضا هذين الحاضرين خوفاً من الوقوع في أيدي المدلسة على الجاهل به ومن التاجر الذي لا يتحرج قال: وكل شيء لا يجوز فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه ا هـ.

قوله: **(وإن أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه)** لأنه مباح سبقت يده إليه فكان أولى به لقوله عليه السلام «الصيد لمن أخذه» والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره. أطلقه وهو مقيد بقيدين: الأول ذكره الشارح أن لا تكون أرضه مهيئة لذلك وإن كانت مهيئة للاصطياد فهو له لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد أو حفر بئراً للماء فوقع فيها صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء إن كان محرماً، وإن قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء إن كان محرماً. وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه وإن لم تكن أرضه معدة لذلك لأنه من إنزال الأرض حتى يملكه تبعاً لها كالأشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الماء وإن لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر إذا أخذه من أرض العشر. الثاني في الذخيرة من كتاب الصيد: وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيداً من الصيد بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده، وأما إذا كان صاحب الأرض قريباً من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده فالصيد لصاحب الأرض لأنه صار أخذاً له تقديراً لتمكنه من الأخذ حقيقة إن لم يكن آخذاً له بأرضه ا هـ. ومثله في شرح الطحاوي. وقوله «تكنس ظبي» أي دخل في كناسه وهو بالكسر بيته، وكنس الظبي كنوساً من باب نزل دخل كناسه؛ كذا في المصباح. ولم يذكر تكنس. وفي المغرب: كنس الظبي دخل في الكناس كنوساً من باب طلب وتكنس مثله، ومنه الصيد إذا تكنس في أرض رجل أي استتر، ويروى تكسر وانكسر ا هـ. وفي فتح القدير: وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر، ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا

(وإنما قيد بالتلف ليعم حكم ما إذا أنفقها بالأولى) قال في النهر: فيه نظر. قوله: **(من باب طلب)** قال الرملي: صوابه من باب جلس. قوله: **(ويحترز به عما لو كسره رجل)** إنما يتم

....

للآخذ ولا يختص بصاحب الأرض ا هـ. ثم قال: ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له، وكذا في حفر الحفيرة إن حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل، فإن كان وضعه للماء فهو لصاحبه وإلا فالماء للآخذ ا هـ. وفي الذخيرة: إن أغلق الباب على الصيد ولم يعلم به لم يصر آخذاً مالكاً له حتى لو خرج الصيد بعد ذلك فأخذه غيره ملكه. وفي المنتقى: رجل نصب حباله فوقع فيها صيد فاضطرب وقطعها وانفلت فجاء آخر وأخذ الصيد فالصيد للآخذ، ولو جاء صاحب الحبالة ليأخذه فلما دنى منه بحيث يقدر على أخذه فاضطرب وانفلت فأخذه آخر فهو لصاحب الحبالة. والفرق أن فيهما صاحب الحبالة وإن صار آخذاً له إلا أنه في الأول بطل الأخذ قبل تأكده، وفي الثاني بطل بعد تأكده. وكذا صيد البازي والكلب إذا انفلت فهو على هذا التفصيل. وفي الأصل: إذا رمى صيداً فصرعه فاشتد رجل وأخذه فهو لمن رماه لأنه لما رماه صار آخذاً له فصار ملكاً، ولو رمى صيداً فأصابه وأثخنه بحيث لا يستطيع براحاً فرماه آخر فقتله فالصيد للأول، وإن كان يتحامل ويطير مع ما أصابه من السهم الأول فرماه الثاني فقتله فهو للثاني. وفي الأصل أيضاً: لو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله في أرض رجل أو داره كان لصاحب الكلب لأن الكلب إنما يرسل للأخذ فيعتبر بما لو أخذه بيده، وكذا لو اشتد على صيد حتى أخرجه فأدخله دار إنسان فهو له لأنه أخرجه واضطره فقد أخذه، وعن أبي يوسف: رجل اصطاد طائراً في دار رجل فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة فهو للصائد، وسواء كان اصطاده من الهواء أو على الشجر، لأن الصيد إنما يملك بالاستيلاء والإحراز وحصوله على حائط رجل أو شجرة ليس بإحراز فيكون للآخذ. وإن اختلفا فقال رب الدار كنت اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد. فإن كان أخذه من الهواء فهو له لأنه لا يد لصاحب الدار على الهواء، وإن أخذه من حائطه أو شجره فالقول لصاحب الدار لأخذه من محل هو في يده، فإن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الدار أو الشجرة فالقول لصاحب الدار لأن الظاهر أن ما في دار الإنسان يكون له ا هـ.

قوله: **(ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع)** فإذا باع عبداً وشرط

الاحتراز إذا لم يكن للمطاوعة وإلا فهو من فعل غيره يقال كسرته بالتشديد فتكسر وكسرته بالتخفيف فانكسر أي قبل ذلك تأمل.

قوله: **(ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه)** الترجمة لشيئين: الأول ما يبطل بالشرط الفاسد أي إذا ذكر في العقد شرطاً فاسداً لا يقتضيه العقد كبعتك العبد على أن يخدمني شهراً مثلاً فإنه يبطل البيع. والثاني ما لا يصح تعليقه بالشرط بأن صدر العقد معلقاً بأداة الشرط كبعتك العبد

....

استخدامه شهراً أو داراً على أن يسكنها البائع شهراً فالبيع باطل أي فاسد كما تقدم في بابه. والأصل أن ما كان مبادلة مال بمال فإنه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرط، وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات فإنه لا يبطل به لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية والتبرعات فيبطل الشرط فقط. وأصل آخر أن التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات ويجوز فيما كان من باب الإسقاط المحض كالطلاق والعتاق، وكذا ما كان من باب الإطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم، وكذا التحريضات. أطلق في عدم صحة تعليقه بالشرط وهو محمول على ما إذا علقه بكلمة «إن» بأن قال بعتك هذا إن كان كذا فيفسد البيع مطلقاً ضاراً كان أو نافعاً إلا في صورة واحدة وهو أن يقول بعت منك هذا إن رضي فلان به فإنه يجوز إذا وقته بثلاثة أيام لأنه اشتراط الخيار إلى أجنبي وهو جائز. وفي جامع

إن قدم زيد ولم يقيد الشرط الثاني بكونه فاسداً كما قيده أولاً بقوله ما يبطل بالشرط الفاسد فأفاد أن التعليق يبطل العقد، سواء كان الشرط فاسداً أو لا، فلذا استثنى المؤلف بقوله «إلا في صورة فإن الشرط فيها غير فاسد لأن شرط الخيار جائز». ويمكن تقييد قول المصنف بالشرط بكونه فاسداً بقرينة تقييده به في الذي قبله لأن المعرفة إذا أعيدت معرفة كانت عين الأولى وحينئذ فلا حاجة إلى الاستثناء لكن الشرط الثاني المراد به التعليق بأداة الشرط لا نفس الشرط تأمل. ثم إن الذي استفيد من كلام المؤلف من الأصلين اللذين ذكرهما أن ما كان مبادلة مال بمال لا يصح بالشرط الفاسد، وأن ما كان من التمليكات لا يصح تعليقه بالشرط ومعلوم أن مبادلة المال بالمال من جملة التمليكات فصار الحاصل أن ما كان مبادلة مال بمال لا تصح بالشرط الفاسد أخذاً من الأصل الأول، ولا يصح تعليقها بأداة الشرط أخذاً من الأصل الثاني. ثم اعلم أن ما ذكره الماتن بقوله «ما يبطل بالشرط الفاسد الخ» يحتمل أن يكون قاعدة واحدة فيختص بما كان مبادلة مال بمال، ويرد عليه أن بعض ما ذكره من الفروع ليس مبادلة مال بمال كالرجعة والإبراء وعزل الوكيل والاعتكاف ونحوها مما سيأتي، ويحتمل أن يكون قاعدتين: الأولى ما يبطل بالشرط الفاسد، والثانية ما لا يصح تعليقه بالشرط فيكون قوله «ولا يصح» على تقدير «ما» الموصولة كما في قوله تعالى ﴿بالذي أنزل إلينا وأنزل إليكم﴾ [العنكبوت: ٤٦] أي وما أنزل إليكم فيكون قوله «ولا يصح الخ» معطوفاً على قوله «ما يبطل» فيكون بعض ما ذكره من الفروع داخلاً تحت القاعدتين معاً أو تحت واحدة منهما، فما كان مبادلة مال بمال كالبيع والقسمة فهو داخل تحت القاعدتين. قوله: **(فإنه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد)** الذي في الزيلعي: ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة فقول المؤلف هنا «لا يصح» تعليقه لا يلزم منه بطلان المعلق فالظاهر حذف لفظ تعليقه والاقتصار على قوله «لا يصح بالشرط» فيوافق عبارة الزيلعي، ويدل عليه قوله في مقابله فإنه لا يبطل به، وأيضاً مبادلة المال بالمال من التمليكات، فلو كان المراد لا يصح تعليقه يكون مكرراً لدخوله تحت الأصل الآخر فتدبر. قوله:

....

الفصولين: ولو قال بعته بكذا إن رضي فلان جاز البيع والشرط جميعاً ولو قال بعته منك بكذا إن شئت فقال قبلت تم البيع ا هـ. وإن كان الشرط بكلمة «على» فقد قدمنا أنه إن كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل فيه كشرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد ويصح الشرط، وكذا إذا اشترى نعلاً على أن يحذوها البائع وإن كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرت العادة به، فإن كان فيه منفعة لأهل الاستحقاق فسد وإلا فلا. وفي جامع الفصولين: وتعليق القبول في البيع بعد ما أوجب الآخر هل يصح؟ ذكر أنه لو قال إن أديت ثمن هذا فقد بعت منك صح البيع استحساناً إن دفع الثمن إليه، وقيل هذا خلاف ظاهر الرواية والصحيح أنه لا يجوز ا هـ.

قوله: **(والقسمة)** بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على أن يكون الدين لأحدهم والعين للباقين فهي فاسدة. وصورة تعليقها أن يقتسموا داراً وشرطوا رضا فلان فسدت أيضاً لأن القسمة فيها معنى المبادلة فهي كالبيع؛ كذا ذكر العيني مع أن البيع يصح تعليقه برضا فلان ويكون شرط خيار إذا وقته ولكن شرط الخيار هل يدخلها قال في الولوالجية من القسمة: وأما خيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها وهو القسمة في الأجناس المختلفة، وأما في كل قسمة يجبر الآبي عليها كالقسمة في ذوات الأمثال في الجنس الواحد فإنه لا يثبت ا هـ. ومن صور فسادها بالشرط ما إذا اقتسم الشريكان على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض وقماش الحانوت والديون التي على الناس على أنه إن توى عليه شيء من الديون يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة، وعلى الذي أخذه الصامت أن يرد على شريكه نصف ما أخذه، وعلى شريكه أن يرد نصف ما أخذه أيضاً. ومنها أيضاً ما إذا اقتسما داراً على أن يشتري أحدهما من الآخر داراً له خاصة بألف درهم فهي فاسدة، وكذا كل قسمة على شرط هبة أو صدقة. وإن شرط أن يزيده شيئاً معلوماً فهو جائز كالبيع، وإن اقتسما داراً وأخذ كل واحد طائفة على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز، وكذا إن كانت الدراهم إلى آجل، فإن كان له حمل ومؤنة ولم يسم مكان الإيفاء فعلى الخلاف المعروف في السلم؛ الكل في الولوالجية قوله: **(والإجارة)** أي كان أجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدي إليه أو إن قدم زيد؛ كذا ذكره العيني. ومن

(وفي جامع الفصولين ولو قال بعته بكذا الخ) قال الرملي: هذا ذكره في أول الفصل السادس والعشرين وذكر فيه بعده بنحو ورقة مثل ما قدمه هذا الشارح فلا مخالفة لحمل المطلق على المقيد تأمل اهـ. أي فيحمل قوله جاز البيع والشرط جميعاً على ما إذا وقته بثلاثة أيام. قوله: **(وصورة تعليقها)** أفاد أن الصورة الأولى صورة اقترانها بالشرط الفاسد بدون تعليق. قوله: **(على أن يقرضه المستأجر)** صورة الاقتران بالشرط الفاسد بدون تعليق. وقوله «أو إن قدم زيد» صورة التعليق بأداة الشرط.

يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والإجارة والإجازة والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن

صورها: استأجر حانوتاً احترق كل شهر بكذا على أن يعمره ويحتسب ما أنفقه من الأجرة لأن شرط العمارة على المستأجر يفسد العقد فعليه أجر المثل وله ما أنفقه وأجر مثل قيامه عليه، واشتراط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق الباب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر مفسد للعقد، وكذا اشتراط كري النهر أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها، وكذا على أن يردها مكروبة، هكذا أطلقه في الكافي. وفصل خواهر زاده فإن شرطه في المدة فسدت وبعد انقضائها لا، والصحيح أن شرطه في المدة فسدت وإلا فإن قال أجرتك بكذا بأن تكربها بعد انقضاء المدة فتردها على مكروبة فلا تفسد، وإن قال على أن تكربها بعدها فهي فاسدة؛ الكل من فتاوى الولواجية. ويستثنى من إطلاق قولهم لا يصح تعليقها بالشرط ما صرحوا به في الإجارات لو قال لغاصب داره فرغها وإلا فأجر كل شهر كذا فسكت ولم يفرغها وجب المسمى مع أنه تعليق بعدم التفريغ.

قوله: **(والإجازة)** بالزاي المعجمة بأن باع فضولي عبده فقال أجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي إلي أو علقها بشرط لأنها بيع معنى؛ كذا ذكر العيني. فظاهره تخصيص إجازة البيع فلو قال المصنف «وإجازة البيع» لكان أولى فإن ظاهره أن إجازة القسمة والإجارة كذلك بل كل شيء لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفاً لا يصح تعليق إجازته بالشرط حتى

قوله: **(وفصل خواهر زاده الخ)** عبارة الولواجية هكذا على وجهين: إما أن يشترط الكراب في مدة الإجارة أو بعدها؛ ففي الأول الإجارة فاسدة لأن مدة الإجارة مجهولة لأن مدة الكراب تقل وتكثر وهي مستثناة عن مدة الإجارة لأن المستأجر في هذا الكراب لرب الأرض؛ هكذا ذكر وهو خلاف ما قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير أنه إذا شرط الكراب على المستأجر صحت لأنه في أصل الكراب عامل لنفسه فلا تكون تلك المدة مستثناة لكن الصحيح أنه إذا شرط أن يرد عليه مكروبة بكراب في مدة الإجارة تفسد. وفي الوجه الثاني على وجهين: إما أن يقول أجرتك بكذا بأن تكر بها بعد انقضاء المدة وتردها على مكروبة أو قال أجرتها بكذا على أن تكر بها بعد انقضاء المدة، ففي الأول جازت، وفي الثاني لم تصح، فلو أطلق بأن قال وبأن تردها على مكروبة يجب أن تصح ويصرف إلى الكراب بعد انقضائها وهذا التفصيل صحيح اهـ. بحذف التعليل. والظاهر أن في النسخة تحريفاً تأمل. وفي الذخيرة: وذكر شيخ الإسلام إذا شرط على المستأجر أن يردها مكروبة بكراب في مدة الإجارة فالعقد فاسد والمسألة على وجهين، أما إذا قال صاحب الأرض أجرتك هذه الأرض بكذا وبأن تكر بها بعد مضي المدة وفي هذا الوجه العقد جائز، أما إذا قال أجرتك بكذا على أن تكر بها بعد انقضاء مدة الإجارة ففاسد، فإن أطلق الكراب ينصرف بعد العقد فيصح ولكن جواب هذا الفصل يخالف ظاهر ما ذكر ههنا ولا يظن به أنه قال جزافاً لظاهر أنه عثر على رواية أخرى بخلاف ما ذكر هنا اهـ. قوله: **(فظاهره تخصيص إجازة البيع)** قال الرملي تأمل في هذه العبارة

....

النكاح، ويدل عليه ما في جامع الفصولين والبزازية، وتعليق الإجازة بالشرط باطل كقوله إن زاد فلان في الثمن فقد أجزت. ولو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت أجزت إن رضيت أمي بطلت الإجازة إذ التعليق يبطل الإجازة اعتباراً بابتداء العقد اهـ. قوله: **(والرجعة)** بأن قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضيني كذا أو إن قدم زيد لأنها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها؛ كذا ذكره العيني وهو سهو ظاهر وخطأ صريح فسيأتي في الكتاب قريباً إن شاء الله تعالى أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وإن كان لا يصح تعليقه، والمذكور في الظهيرية والجوهرة والبدائع والتتارخانية من الرجعة أنه لا يصح تعليقها بالشرط ولا إضافتها ولم يذكروا أنها تبطل بالشرط

فإنها متعارضة. قوله: **(ويدل عليه ما في جامع الفصولين)** كأنه عدل عما استظهره أولاً لما رأى ما في الجامع ولكن الاستقامة أحسن لأن الكلام فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به، وإجازة النكاح كالنكاح ليست من معاوضة المال بالمال وقد ذكر أولاً أن ما كان مبادلة مال بغير مال لا يبطل بالشرط تأمل. قوله: **(بأن قال لمطلقته الخ)** هذا مثال للشرط الفاسد بدون تعليق. وقوله «أو إن قدم زيد» مثال للتعليق بالشرط الفاسد. قوله: **(وهو سهو ظاهر وخطأ صريح الخ)** قال في النهر: أما كون ما قاله العيني سهواً وخطأ فممنوع إذ ما ذكره من التوجيه مأخوذ مما في الشرح وهو توجيه صحيح لعدم صحة تعليقها كما أن النكاح كذلك، وأما بطلانها بالشرط فمسكوت عن توجيهه وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط الفاسد لم يبق الشأن إلا في السبب الداعي للتفرقة بينها وبين النكاح، وكأنه لأنها فارقته كما مر في أنه لا يشترط لها شهود ولا يجب بها عوض مالي وله أن يراجع الأمة على الحرة التي تزوجها بعد طلاقها وتبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح اهـ. واعترضه بعض الفضلاء بأنه لا يلزم من مخالفتها النكاح في أحكام أن تخالفه في هذا الحكم اهـ. وسبقه إليه في الشرنبلالية على أنه ذكر صورة النزاع في المفارقة ولكن يقال أيضاً: لا يلزم من موافقتها النكاح في أحكام أن توافقه في هذا الحكم أيضاً، كيف وقد وجدت المخالفة بينهما فيما علمت، ولا يلزم من عدم التصريح في بعض الكتب بأنها تبطل بالشرط أن تشارك النكاح فيه مع تصريح الثقات بعدم المشاركة، بل لو صرح غيرهم بخلافه لم يكن سبيل إلى تخطئتهم وإن لم يظهر لنا وجه قولهم تأمل. وقد رأيت في الحواشي العزمية على الدرر ما نصه: قلت قد صرح الاستروشني بأن في كون الرجعة من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده روايتين اهـ. لكن كتبه تحت قول الدرر والوقف فلتراجع نسخة أخرى فلعله تحريف. والجواب الحاسم لمادة الإشكال من أصله أن يقال: ما ترجم به الماتن بقوله «ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط» هو قاعدتان: الأولى ما يبطل بالشرط الفاسد، والثانية ما لا يصح تعليقه بأداة الشرط لا قاعدة واحدة كما أشرنا إليه فيما مر وأشرنا إلى أن ما ذكره الماتن من الفروع إما داخل تحت القاعدتين أو تحت إحداهما، والرجعة قد صرحوا بأنها لا يصح تعليقها بالشرط فتكون داخلة تحت القاعدة الثانية وإنما كونها تبطل بالشرط الفاسد فيحتاج إلى

....

الفساد، وكيف يصح أن يقال به وأصل النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد مع أن المصنف لم ينفرد بذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه بل ذكره كذلك في الخلاصة والبزازية من البيوع، والعمادي في فصوله وجامع الفصولين وفتح القدير من البيوع، ولم أر أحداً نبه على هذا، وقد توقفت في تخطئة هؤلاء ثم جزمت بها وكان يجب أن تذكر الرجعة مع النكاح في القسم الثاني. ومما يدل على بطلان قول المصنف ومن وافقه ما في البدائع من كتاب الرجعة أنها تصح مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح ا هـ. فلو كانت تبطل بالشرط الفاسد لم تصح مع الهزل لأن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة، وما لا يصح مع الهزل تبطله الشروط الفاسدة؛ هكذا ذكره الأصوليون في بحث الهزل من قسم العوارض وفي الكافي للحاكم الشهيد: وتعليق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكر أنها تبطل بالشروط الفاسدة.

قوله: **(والصلح عن مال)** أي بمال بأن قال صالحتك على أن تكسنني في الدار مثلاً سنة أو إن قدم زيد لأنه معاوضة مال بمال فيكون بيعاً؛ كذا ذكره العيني. واعلم أنه إنما يكون بيعاً إذا كان البدل خلاف جنس المدعى به أما إذا كان على جنسه؛ فإن كان بأقل من المدعي فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا؛ كذا ذكره الشارح من الصلح، فينبغي أن يخصص هنا. وظاهر ما في البزازية الإطلاق في عدم صحة تعليقه بالشرط قال: له عليه ألف صالح على مائة إلى شهر وعلى مائتين إن لم يعطه إلى شهر لا يصح لجهالة المحطوط لأنه على تقدير الإعطاء تسع مائة وعلى تقدير عدمه ثمان مائة ا هـ. قوله: **(والإبراء عن الدين)** بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهراً أو

تصريح أحد بذلك حتى تدخل تحت القاعدة الأولى أيضاً، وحيث لم يوجد لا تدخل وحينئذ فلا خطأ في كلام الماتن ولا غيره إلا العيني على أنه لا يمكن أن تكون الرجعة مما يفسد بالشرط الفاسد لأنها ليست مبادلة مال بمال كما يعلم مما ذكره المؤلف أول البحث من الأصلين. قوله: **(وفي الكافي للحاكم الشهيد الخ)** قال في نور العين: وفي الخلاصة تعليق الرجعة بالشرط باطل وكذا إضافتها إلى مستقبل كالنكاح كما إذا قال إذا جاء غد فقد راجعتك. وإنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف ولا يحلف بالرجعة. يقول الحقير: في إطلاق كلامه نظر لأن عدم التحليف في الرجعة إنما هو قول أبي حنيفة. وأما عند أبي يوسف ومحمد فيحلف وبه يفتي كما مر تفصيله في فصل التحليف، فعلى هذا ينبغي أن يصح تعليق الرجعة بالشرط على قولهما كما لا يخفى. اهـ كلام نور العين وفيه نظر، لأن الكلام فيما يحلف به كالحج فيقال إن فعلت كذا فعلي حج والرجعة ليست كذلك، وأما الذي فيه الخلاف فكونها مما يحلف عليها عند الإنكار كالخلاف في النكاح ونحوه فتدبر. قول المصنف: **(والإبراء عن الدين الخ)** قال بعض الفضلاء: فيه أن الإبراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد، وكونه معتبراً بالتمليكات لا يدل إلا على

....

إن قدم فلان لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبراً بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط؛ كذا ذكره العيني. قيد بالدين لأن الإبراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله إن وافيت به غداً فأنت بريء فوافاه به برئ من المال وهو قول البعض. واختاره في فتح القدير وقال: إنه الأوجه معللاً بأنه إسقاط لا تمليك؛ ذكره في الكفالة. وعلى هذا يحمل قول المصنف رحمه الله تعالى فيها «وبطل تعليق البراءة من الكفالة بشرط» على ما إذا كان غير ملائم. وفي فتاوى قاضيخان من فصل في هبة المرأة من الزوج: ولو قال الطالب لمديونه إذا مت فأنت بريء من الدين الذي لي عليك جاز وتكون وصية من الطالب للمطلوب، ولو قال إن مت فأنت بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك لا يبرأ ا هـ. وفيها أيضاً: لو قالت المريضة لزوجها إن مت من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو أنت في حل من مهري فماتت من ذلك المرض كان مهرها على زوجها لأن هذه مخاطرة فلا تصح ا هـ. وحاصله أن التعليق بموت الدائن صحيح إلا إذا كان المديون وارثاً له وعلق في مرض موته فيكون مخصصاً لإطلاق الكتاب. وفي البزازية من الدعوى: قال المديون دفعت إلى فلان فقال إن كنت دفعت إليه فقد أبرأتك صح لأنه تعليق بأمر كائن ا هـ. ومن فروع عدم صحة تعليق الإبراء ما في المبسوط: لو قال الطالب للخصم إن حلفت فأنت بريء فهذا باطل لأنه تعليق البراءة بخطر وهي لا تحتمل التعليق ا هـ. وفي الخانية من الهبة: امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي، فإن لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة، وإن قبل ذلك في المجلس جازت الهبة، ثم إن فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية، وإن لم فعل فكذلك عند البعض كمن أعتق أمة على أن لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت أو لم تتزوج. امرأة قالت لزوجها وهبت

بطلان تعليقه بالشرط ولذلك فرعه عليه، وعلى هذا فينبغي أن يذكر في القسم الثاني اهـ. قلت ويؤيده ما سنذكره عن النهر من مسألة الصلح لكن في الحواشي العزمية عن الإيضاح الإبراء عن الدين بالشرط الفاسد بأن قال لمديونه أبرأت ذمتك عن ديني بشرط أن لي الخيار في رد الإبراء وتصحيحه في أي وقت شئت أو قال إن دخلت الدار فقد أبرأتك اهـ. أقول: ولو ثبت أنه لا يبطل بالشرط الفاسد فذكره هنا مناسب لدخوله تحت القاعدة الثانية وهي ما يبطل تعليقه بالشرط كما مر.

قوله: **(لا يبرأ وهو مخاطرة)** لعل وجهه أن المخاطرة في موته مديوناً وإلا فالموت محقق الوجود، ويرد عليه أن ذلك موجود في التعليق على موت الدائن فإن فيه مخاطرة من حيث موته والدين في ذمة المديون. والجواب أن التعليق على موته يجعل وصية والوصية يصح تعليقها بالشرط بخلاف التعليق على موت المدين فإنه إبراء محض فيبقى معلقاً على ما فيه مخاطرة فلا يصح. هذا ما ظهر لي فتأمله

قوله: **(كان مهرها على زوجها)** قال في النهر: كان ينبغي أن يقال إن أجازت الورثة تصح لأن المانع

....

مهري إن لم تظلمني فقبل الزوج ذلك ثم طلقها بعد ذلك قال أبو بكر الاسكاف وأبو القاسم الصفار: الهبة فاسدة لأنها تعليق الهبة بالشرط، وهذا بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري على أن لا تظلمني فقبل صحت الهبة لأن هذا تعليق الهبة بالقبول، فإذا قبلت تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك، وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل، ولو قال أنت طالق على دخولك الدار فقالت قبلت وقع الطلاق.

وقال محمد بن مقاتل في مسألة الظلم: مهرها عليه على حاله إذا ظلمها لأن المرأة لم ترض بالهبة إلا بهذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا: أما الطلاق فالرضا فيه ليس بشرط والدليل على هذا ما ذكر في كتاب الحج إذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج بها فقبل الزوج ذلك ولم يحج بها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول. قال مولانا رضي الله تعالى عنه: ويمكن الفرق بين مسألة الحج وبين مسألة الظلم، ووجه ذلك أن في مسألة الحج لما شرطت الحج بها فقد شرطت نفقة الحح عليه فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض، فإذا لم يحصل العوض لا تتم الهبة. أما في مسألة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضاً قال مولانا رضي الله تعالى عنه: ثم ذكر في بعض النسخ إذا شرطت عليه أن لا يظلمها فقبل الزوج ثم ضربها وأجابا كما ذكر. وعندي إذا ضربها بغير حق، أما إذا ضربها لتأديب مستحق عليها لا يعود المهر لأن ما كان حقاً لا يكون ظلماً. امرأة وهبت مهرها من زوجها ليقطع لها في كل حول ثوباً مرتين وقبل الزوج فمضى حولان ولم يقطع قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن كان ذلك شرطاً في الهبة فمهرها عليه على حاله لأن هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض، فإذا لم يحصل العوض لا تصح الهبة، وإذا لم يكن ذلك شرطاً في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك. وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة ويكون بمنزلة الهبة بشرط العوض. رجل قال لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا فأبرأته ثم أبى الزوج أن يهب منها ما قال كان المهر عليه كما كان. امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك ثم طلقها قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن لم يكن وقت للإمساك وقتاً لا

من صحة الوصية كونه وارثاً اهـ. وتأمل قوله «لأن المانع الخ» مع قول الخانية «لأن هذه مخاطرة» فإنه يقتضي عدم الصحة وإن لم يكن لها ورثة غيره لكن في مسألة الدين لم يجعل التعليق بموت الدائن مخاطرة بل جعل وصية، فالظاهر أن مراده بالمخاطرة هنا كونه وقت الموت ممن تصح له الوصية بأن يطلقها ويصير أجنبياً أو تجيز الورثة الوصية، وعليه فلا فرق بين الإجازة وعدمها تأمل قوله: **(وفي البزازية من الدعوى قال المديون الخ)** ومثله ما في جامع الفصولين: لو قال لغريمه إن كان لي عليك دين فقد أبرأتك وله عليه دين برئ إذا علق بشرط كائن فتنجز ا هـ.

....

يعود مهرها على الزوج، وإن وقت وقتاً وطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل له: إذا لم يوقت لذلك وقتاً كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال: نعم إلا أن العبرة لإطلاق اللفظ فإنه ذكر في كتاب الوصايا. رجل أوصى لأم ولده بثلث ماله إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية. امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يطلقها فقبل الزوج قال خلف: صحت الهبة طلقها أو لم يطلقها لأن ترك الطلاق لا يكون عوضاً بقيت هذه هبة بشرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وذكر في النوازل: إذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي ففعل الزوج ذلك قال: مهرها عليه ما لم تطلق نفسها. ولو وهبت مهرها الذي على المطلق منه على أن يتزوجها ثم أبى أن يتزوجها قالوا: مهرها عليه على حاله تزوجها أو لم يتزوجها لأنها جعلت المال على نفسها عوضاً عن النكاح، وفي النكاح العوض لا يكون على المرأة. اهـ ما في الخانية. فإن قلت: إن هبة الدين إبراء فكيف صح تعليقه بالشرط في بعض هذه المسائل؟ قلت: الإبراء يصح تعليقه بالشرط المتعارف وبهذا يجب تقييد كلام المصنف رحمه الله تعالى ومن أطلق ففي المسائل التي قدمناها التي قالوا فيها بصحة التعليق إنما هو في المتعارف. وما قالوا فيها بعدمها فإنما هو في غير المتعارف، ويدل على هذا التقييد أيضاً ما في القنية من باب مسائل الإبراء بالطلاق من كتاب الطلاق: ولو أبرأته مطلقته بشرط الأمهار صح التعليق لأنه شرط متعارف وتعليق الإبراء بشرط متعارف جائز، فإن قبل الإمهار وهم بأن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ الفوات الإمهار الصحيح، ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة فلو جدد لها نكاحاً بدينار فأبت لا يبرأ بدون الشرط. قالت المسرحة لزوجها تزوجني فقال لها هبي لي المهر الذي لك علي فأتزوجك فأبرأته مطلقاً غير معلق بشرط التزوج يبرأ إذا تزوجها وإلا فلا، لأنه إبراء معلق دلالة. وقيل: لا يبرأ وإن تزوجها لأن هذا الإبراء على سبيل الرشوة فلا يصح. أبرأته بشرط أن يمسكها بمعروف ويحسن معاشرتها ولا يؤذيها ولا يطلقها فقبل ثم تزوج عليها وأغار على مالها وأذاها وطلقها فالإبراء بهذا الشرط غير صحيح. وساق فيها فروعاً كثيرة في بعضها لا

قوله: **(لأنه إبراء معلق دلالة)** قال الرملي: يعلم منه أن التعليق يكون بالدلالة ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة فليحفظ ذلك قوله: **(ثم اعلم أن الإبراء يصح تقييده الخ)** قال في النهر: واعلم أنه سيأتي في الصلح أنه لو كان عليه ألف فقال أدّ إلي غداً نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل بريء، ولو قال إن أو إذا أو متى أديت لا يصح. وفرق الشارح بينهما بأنه في الأول لم يعلق البراءة بصريح الشرط وإنما أتى بالتقييد وفي الثاني بصريحه وهي لا يحتمل التعليق بالشرط اهـ. أقول: قد ذكر الشارح الزيلعي في الصلح من صور المسألة ما إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائة غداً يبرأ مطلقاً، أدى خمسمائة في الغد أو لم يؤد، لأن البراءة قد حصلت بالإطلاق أولاً فلا تتغير بما يوجب الشك في آخره

الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف والتحكيم وما لا يبطل

يصح التعليق وفي بعضها يصح. وفي جامع الفصولين: لو قال كل حق لي عليك فقد أبرأتك لا يصح، وكذا إضافة الإبراء إلى ما يجب في الزمن الثاني لا يصح. ولو قال لمديونه الدنانير العشرة التي لي عليك اعطني منها خمسة ووهبت منك الخمسة صح الإبراء، سواء أعطاه الخمسة أو لا، لأنه تنجز الإبراء لا تعليقه. ولو قال أبرأتك عن الخمسة على أن تدفع الخمسة حالة، فإن كانت العشرة حالة صح الإبراء لأن أداء الخمسة يجب عليه حالاً فلا يكون هذا تعليق الإبراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الإبراء إذا لم يعطه الخمسة حالاً ا هـ. ثم اعلم أن الإبراء يصح تقييده بالشرط وليس هو تعلقاً وعليه فروع كثيرة مذكورة في آخر كتاب الصلح. وذكر الشارح هناك أن الإبراء يصح تقييده لا تعليقه والله تعالى أعلم. وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح فاغتنمه واحفظ هذا التفصيل في الإبراء.

قوله: **(وعزل الوكيل)** بأن قال لوكيله عزلتك على أن تهدي إلي شيئاً أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط؛ كذا ذكر العيني وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه، وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا، وعندي أن هذا خطأ أيضاً وأن عزل الوكيل ليس من هذا القبيل وهو ما يبطل بالشرط الفاسد، وإنما هو من قبيل القسم الثاني وهو ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد ولهذا اقتصر في البزازية من كتاب الوكالة على أنه لا يصح تعليقه ولم يذكر أنه يبطل الشرط الفاسد فهو كما قدمناه في الرجعة، وقد ذكر في جامع الفصولين عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه

على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسألة والأولى أعني قوله أدّ غداً نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل برئ وإلا لا. وحاصل الفرق الذي ذكره بينهما أن كلمة «على» تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة، والإبراء يجوز تقييده بالشرط وإن لم يجز تعليقه به فيحمل عليه بخلاف ما إذا قدم الإبراء لأنه بريء بالبداءة فلا يعود الدين بالشك وفي الأولى لم يبرأ في أوله وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك، وهذا لأن كلمة «على» محتملة أن تكون للشرط فلا يبرأ إلا بالأداء وأن تكون للعوض فيبرأ مطلقاً وحينئذ فلا يبرأ بالشك والاحتمال اهـ. ولا يخفى أن هذا صريح أن الإبراء لا يبطل بالشرط وإنما يبطل بالتعليق قوله: **(وهذا التقرير)** الذي تحصل منه أن الإبراء عن الدين لا يصح تعليقه إلا إذا علق بموت الدائن ولم يكن المديون وارثاً أو علقه بأمر كائن أو بشرط متعارف، وتحصل أيضاً أنه لا يبطل بالشرط فهو مما دخل تحت القاعدة الثانية من كلام الماتن قوله: **(وعندي أن هذا خطأ أيضاً الخ)** نقل في الحواشي العزمية عن الإيضاح ما يخالفه حيث قال: فاسد عزل الوكيل بالشرط الفاسد بأن يقول الموكل عزلت فلاناً عن الوكالة على أن يعطيني خلعة وهو شرط فاسد لأنه لا يعطي الوكيل الموكل لأجل العزل شيئاً لتمكنه من عزل نفسه بمحضر من الموكل بغير شيء، والوكالة باقية لفساد العزل، وتعليقه

. . . .

ويبطل بفاسده، وفي البزازية: وتعليق عزل الوكيل بالشرط يصح في رواية الصغرى، ولا يصح في رواية الإمام السرخسي لكن قال في رواية: والدليل عليه أنهم قالوا إن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق فيجب إلحاقه بالقسم الثاني، وأرجو من كرم الفتاح الظفر بالنقل في الرجعة وعزل الوكيل موافقاً لما قلته. وقيد بالوكيل لأن في صحة تعليق عزل القاضي اختلافاً ففي جامع الفصولين: لو قال الأمير إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول ينعزل بوصوله وقيل لا ا هـ. وسيأتي في الكتاب صريحاً أن عزل القاضي مما لا يبطل بالشرط الفاسد. ثم اعلم أن الحجر على العبد كعزل الوكيل لا يصح تعليقه؛ كذا في الخانية.

قوله: **(والاعتكاف)** بأن قال عليّ أن أعتكف إن شفى الله تعالى مريضي أو إن قدم زيد لأنه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل فلا يصح تعليقه بالشرط؛ كذا ذكر العيني. وهذا يدل على أن المراد بالاعتكاف النذر به والتزامه ليكون قولاً يمكن تعليقه. وعندي أن ذكره في هذا القسم خطأ من وجهين: من كونه يبطل بالشروط الفاسدة، ومن كونه لا يصح تعليقه. أما الثاني فقال في القنية باب الاعتكاف: قال لله علي اعتكاف شهر إن دخلت الدار فدخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا ا هـ. فإذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لما في جامع الفصولين: وما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة هـ. لكنه ذكر إيجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده. وذكر في البزازية من هذا القسم إيجاب الاعتكاف فقال: وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم، والعجب من المحقق ابن الهمام في فتح القدير حيث جعل إيجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه وعزاه إلى الخلاصة في كتاب البيوع ولم يقل في رواية مع أنه قدم في باب الاعتكاف أن الاعتكاف الواجب هو المنذر وتنجيزاً أو تعليقاً وهو صريح في صحة تعليقه بالشرط، والعجب من العيني كيف مشى هنا على أنه لا يصح تعليقه وقال في شرح الهداية من باب الاعتكاف: والواجب أن يقول لله علي أن أعتكف يوماً أو شهراً أو يعلقه بشرط فيقول إن شفى الله مريضي ا هـ. فقد أتى بعين ما مثل به هنا وتناقض، وكيف يصح أن يقال بعدم صحة تعليقه مع الإجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أي عبادة كانت حتى إن الوقف كما سيأتي لا يصح تعليقه بالشرط، ولو علق النذر به بشرط صح التعليق. قال في الواقعات الحسامية

بالشرط أن يقول الموكل للوكيل عزلتك غداً فإنه لا يصح؛ كذا قال قاضيخان كذا في الإيضاح اهـ. فقوله «والوكالة باقية» صريح في بطلانه بالشرط إذ لو صح العزل لم تكن الوكالة باقية على أنه لو ثبت عدم بطلانه بالشرط فذكره في هذا المحل ليس بخطأ بل صحيح لدخوله تحت القاعدة الثانية وهي ما لا يصح تعليقه بالشرط لما علمت أن الترجمة قاعدتان لا واحدة.

....

من الفصل السابع في النذر بالصدقة: رجل ذهب له شيء فقال إن وجدته فللّه علي أن أقف أرضي على أبناء السبيل فوجده وجب عليه أن يقف لأن هذا نذر والوفاء بالنذر واجب. وقال قبله: لو قال إن دخلت هذه الدار فللّه علي أن أتصدق بهذه المائة فدخل الدار وهو ينوي بدخوله أن يتصدق عن زكاة ماله فدخل ثم تصدق بها لا يجزئه عن الزكاة لأن الأول يمين واليمين لازم لا يملك الرجوع عنها، فإذا دخل الدار لزمه التصدق بها بجهة اليمين ا هـ. فقد أفاد أن المنذور المعلق من باب اليمين وحينئذ صح التعليق، وبهذا ظهر بطلان قول الشارحين أنه ليس مما يحلف به وصرح في النذر بالصوم بصحة تعليقه بالشرط. وفي فتاوى قاضيخان: الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه اعتبار بسائر العبادات ا هـ. ثم قال: ولو نذر أن يعتكف رجب فعجل شهراً قبله يجوز في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد، وأجمعوا أن النذر لو كان معلقاً بأن قال إن قدم غائبي أو شفى الله مريضي فلاناً فللّه علي أن أعتكف شهراً فعجل شهراً قبل ذلك لم يجز ا هـ. وهذه العبارة بوضعها دالة على صحة تعليقه بالإجماع لأن مفهومها أن النذر صحيح وأنه يجب الوفاء به إذا وجد شرطه، وأما تعجيله قبل وجود شرطه فغير جائز، وهذا هو الموضع الثالث مما أخطؤوا فيه في بيان ما لا يصح تعليقه، والخطأ هنا أقبح من الأولين وأفحش لكثرة الصرائح بصحة تعليقه، وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متوناً وشروحاً وفتاوى لم يتنبهوا لما اشتملت عليه من الخطأ بتغير الأحكام والله الموفق للصواب. وقد يقع كثيراً أن مؤلفاً يذكر شيئاً خطأ في كتابه فيأتي من بعده من المشايخ فينقلون تلك العبارة من غير تغيير ولا تنبيه فيكثر الناقلون لها وأصلها لواحد مخطئ كما وقع في هذه الموضع، ولا عيب بهذا على المذهب لأن مولانا محمد ابن الحسن ضابط المذهب لم يذكر جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط وما يصح على هذا الوجه، وقد نبهنا على مثل ذلك في الفوائد الفقهية في قول قاضيخان وغيره أن الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث، ثم إني تتبعت كلامهم

قوله: **(وهذا هو الموضع الثالث من جملة ما أخطؤوا فيه)** قال في النهر: تعقبه بعض أهل العصر بأن ما هنا في تعليق الاعتكاف لا في تعليق النذر به وهو مردود بما في هبة النهاية: جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر موضعاً وعد منها تعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط. ويمكن أن يجاب عنه بأن يكون معناه ما إذا قال أوجبت على الاعتكاف إن قدم زيد لكنه خلاف الظاهر فتدبره. وعلى كل تقدير فالتأدب مع ساداتنا الأعلام وحسن الظن بهم واجب بلا كلام، والحق أن كلامهم هنا محمول على رواية في الاعتكاف وإن كانت الأخرى هي التي عليها الأكثر، وكون محمد لم يذكرها مجموعة لا يقدح في ثبوت كل فرد منها لذكره لها متفرقة، والعذر لصاحب الهداية حيث لم يذكرها مجموعة أنه التزم الجمع بين القدوري والجامع الصغير وليس فيهما ذلك ومن ثم حذفها في

. . . .

فوجدت سبعة أخرى زائدة على الثلاثة، ثم إني نبهت على أن أصل هذه العبارة للناطفي أخطأ فيها ثم تداولوها ويرحم الله المحقق صاحب الهداية لم يلتفت إلى جمع هذه الأشياء ووضعها في كتابه وهو دليل على كمال ضبطه وإتقانه ولو حذفها المصنف رحمه الله تعالى لكان أسلم.

قوله: **(والمزارعة)** بأن قال زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا أو إن قدم فلان لأنها إجازة فلا يصح تعليقها بالشرط كالإجازة؛ كذا ذكره العيني. وفي البزازية من المزارعة: شرطاً في المزارعة على المزارع أو رب الأرض ما ليس من أعمال المزارعة فسدت وما ينبت وما ينمي الخارج أو يزيد في وجود الخارج فهو من عمل المزارعة، وما لا ينبت ولا ينمي ولا يزيد في الخارج فليس من أعمالها، فإذا شرط على المزارع أو ربها الحصاد أو الدياسة فسدت من أيهما كان البذر في ظاهر الرواية اهـ. ثم قال بعد تفريقات كثيرة: هذا كله في الشرط النافع لأحدهما، وإن شرطا لا ينفع كما لو شرط أن لا يسقي أحدهما حصته لا تفسد المزارعة، وفيما إذا كان شرطاً مفسداً لو أبطلاه أن الشرط في صلب العقد لا ينقلب جائزاً وإلا عاد جائزاً إلى آخر ما فيها قوله: **(والمعاملة)** وهي المساقاة أن قال ساقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا أو إن قدم فلان لأنها إجازة أيضاً؛ كذا ذكره العيني. قوله: **(والاقرار)** بأن قال لفلان علي كذا إن أقرضني كذا أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به عادة فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما إذا علقه بموته أو بمجيء الوقت فإنه يجوز، ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الأجل فيلزمه للحال؛ ذكره العيني ومن فروع تعليقه ما ذكره في المبسوط والمحيط والولوالجية في كتاب الكفالة: لو ادعى رجل على رجل مالاً فقال له المطلوب إن لم آتك غداً فهو عليّ لم يلزمه إن لم يأت به غداً لأنه تعليق

المجمع لالتزامه المنظومة والقدوري اهـ. ومما يدل على ثبوت مسألة الاعتكاف ما في الفصول العمادية حيث قال وتعليق الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزمه؛ كذا ذكر في صوم الأصل اهـ. الأصل من مؤلفات الإمام محمد رحمه الله تعالى. وفي الحواشي العزمية: فساد الاعتكاف بالشرط بأن قال من عليه اعتكاف أيام نويت إن اعتكف عشرة أيام لأجله بشرط أن لا أصوم أو أباشر امرأتي في الاعتكاف أو أن أخرج عنه في أي وقت شئت بحاجة أو بغير حاجة يكون الاعتكاف فاسداً وتعليقه بالشرط بأن يقول نويت أن أعتكف عشرة أيام إن شاء الله تعالى اهـ. وهذا ما ذكره صاحب النهر أولاً عن بعض أهل العصر ويرد عليه تعبير بعضهم بإيجاب الاعتكاف. وقد يجاب عنه بأن يقال لو نذر اعتكاف شهر مثلاً ثم دخل المسجد فقال نويت الاعتكاف المنذور إن شاء الله تعالى فقد أوجب الاعتكاف معلقاً فلم يصح، فليس المراد بتعليق إيجابه تعليق النذر به بل تعليق الشروع فيه فلا خطأ في كلامهم أصلاً وإنما الخطأ في فهم مرامهم، وحيث ثبت بطلان تعليقه بالشرط صح ذكره في هذا المقام.

قوله: **(لو ادعى رجل على رجل مالاً فقال المطلوب الخ)** قال الرملي: سيأتي في كتاب الإقرار

....

الإقرار بالخطر وتعليقه بالشرط باطل اهـ. وفي المبسوط من باب الإقرار بكذا وإلا فعليه كذا لو قال قد ابتعت من فلان هذا العبد بألف درهم وإلا فلفلان علي خمسمائة درهم إن أقر رب العبد ببيع العبد لزمه الألف، وإن أنكر ذلك لم يلزمه شيء لأنه صار راداً لإقراره حين أنكر بيع العبد منه وإقراره بالخمسمائة كان معلقاً بشرط وهو باطل من أصله اهـ. وقال في باب اليمين والاقرار: رجل قال لفلان علي ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف أو إذا حلف أو متى يحلف أو حين حلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فخلف فلان على ذلك وجحد المقر المال لم يؤخذ بالمال لأن هذا ليس بإقرار وإنما هو مخاطرة، ومعناه أنه علق الإقرار بشرط فيه خطر وهو بمنزله الخصم والتعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إقراراً اهـ. فإن قلت: هل يدخل في الإقرار بالطلاق والعتاق كما لو قال إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعتقه ويفرق بين الإقرار بهما وبين الإنشاء؟ قلت: ظاهر الإطلاق الدخول ولم أره صريحاً، ويدل على الفرق بينهما ما نقلناه في كتاب الطلاق من هذا الشرح أنه لو أكره على إنشاء الطلاق فطلق وقع، ولو أكره على الإقرار به فأقر لم يقع. وفي البزازية من الإقرار: ادعى مالاً فقال المدعى عليه كلما يوجد في تذكرة المدعي بخطة فقد التزمته لا يكون إقراراً لأنه محفوظ عن أصحابنا أنه لو قال كلما أقر فلان علي فأنا مقر به لا يلزمه إذا أقر به فلان. وعلى هذا إذا كان بين اثنين أخذ وعطاء فقال المطلوب للطالب ما تقول فهو كذلك أو ما يكون في جريدتك فهو كذلك لا يكون إقراراً إلا إذا كان في الجريدة شيء معلوم أو ذكر المدعي شيئاً معلوماً فقال المدعي ما ذكرنا يكون تصديقاً لأن التصديق لا يحلق بالمجهول. وكذا إذا أشار للجريدة وقال ما فيها فهو علي كذلك يصبح، ولو لم يكن مشاراً إليه لا يصح للجهالة اهـ. وقد حكى الشارح الاختلاف فيما إذا علق الإقرار بشرط في كتاب الإقرار فنقل

من باب الاستثناء وما في معناه أن الإقرار المعلق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى أجل باطل وأن المعلق بشرط كائن تنجيز فراجعه وتأمل. وسيأتي شيء من مسائل تعليق الإقرار في باب دعوى الرجلين قوله: **(فقال المدعي ما ذكرنا)** لعله المدعى عليه قوله: **(وقد حكى الشارح الاختلاف الخ)** قال الرملي: هذا النقل عن الشارح غير صحيح بل الذي نقله الشارح في كتاب الإقرار عن المحيط أن تعليق الإقرار بالشرط باطل، ثم نقل عن النهاية فرعاً هو غصبت منك هذا العبد أمس إن شاء ثم قال لم يلزمه استحساناً يعني لبطلان الإقرار، والقياس أن استثناءه باطل وذكر علة القياس والاستحسان وقال بعده: وهذا يشير إلى ما قال في المحيط يعني لا مخالفة بينهما فكيف يقول وقد حكى الاختلاف الخ. فراجعه وتأمل اهـ. أقول: لا يخفى أن كلام المحيط يفيد صحة الإقرار لأنه لازم بطلان التعليق وهو مصرح به في عبارة الزيلعي هناك، والاستحسان في الفرع المذكور يفيد صحة التعليق فبينهما مخالفة ظاهرة قوله: **(والحق تضعيفه لتصريحهم هنا الخ)** قال في النهر: أنت خبير بأن هذا يلزمه في

. . . .

عن النهاية كما هنا أن الإقرار المعلق باطل، ونقل عن المحيط أن الإقرار صحيح والشرط بالطل، ونقل عن المبسوط ما يشهد للمحيط، فظاهره ترجيحه والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بأن الإقرار والوقوف لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد.

قوله: **(والوقف)** بأن قال وقفت داري إن قدم فلان أو وقفت داري عليك إن أخبرتني بقدم زيد لأنه ليس مما يحلف به أيضاً فلا يصح تعليقه بالشرط؛ كذا ذكره العيني. وفي جامع الفصولين: والوقف في رواية فظاهره أن في صحة تعليقه روايتين، وفي فتح القدير من كتاب الوقف وشرطه أن يكون منجزاً غير معلق. فلو قال إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكن فجاء ولده لا يصير وقفاً اهـ. وفي الإسعاف: ولو قال إذا جاء غدا وإذا جاء رأس الشهر أو قال إذا كلمت فلاناً أو إذا تزوجت فلانه وما أشبه ذلك فأرضي هذه صدقه موقوفة يكون الوقف باطلاً لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لا يحلف به بخلاف النذر لأنه يحتمل التعليق ويحلف به، فلو قال إن برئت من مرضي هذا فأرضي صدقه موقوفه يلزمه التصدق بعينها إذا وجد الشرط، ولو قال هي صدقة موقوفه إن شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت كان باطلاً اهـ. ولم يذكر العيني صورة بطلانه بالشرط الفاسد وصورته ما في الإسعاف: وقفها على أن له أصلها أو على أن يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها ويتصدق بثمنها كان الوقف باطلاً اهـ. وقدمنا في الوقف أن شرط الاستبدال صحيح على المفتى به قوله: **(والتحكيم)** بأن يقول المحكمان إذا أهل الشهر أو قالا لعبد أو كافر، إذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا، وهذا عند أبي يوسف وعند محمد يجوز تعليقه بشرط وإضافته إلى زمان كالوكالة والامارة والقضاء. وله أن التحكيم توليه صورة وصلح معنى فباعتبار أنه صلح لا يصح تعليقه ولا إضافته، وباعتبار أنه توليه يصح بالشك والاحتمال؛ ذكره العيني. وفي فتاوى قاضيخان من القضاء: الفتوى على قول أبي يوسف. وقد فات المصنف إبطال الأجل. قال في البزازية: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد بأن

عزل الوكيل والاعتكاف ا هـ. أي فكان عليه أن يلتزم ما صرحوا به فيهما وإن صرح غيرهم بخلافه قوله: **(ولم يذكر العيني صورة بطلانه بالشرط الفاسد الخ)** أقول في كونه مما يبطل بالشرط الفاسد نظر لما قدمه المؤلف من الأصل وهو أن ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشرط الفاسد والوقف من التبرعات. وفي العزمية على الدرر: صرح قاضيخان بأن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة ا هـ. وقد يجاب أن الشرط الفاسد إنما لا يبطل التبرعات إذا لم يكن موجبة نقض عقد التبرع من أصله. فإن اشتراط أن تبقى رقبة الأرض له أو أنه لا يزول ملكه عنها أو أنه يبيع أصلها بلا استبدال شيء مكانها نقض للتبرع لأنه بذلك الشرط لم يوجد التبرع أصلاً كما إذا قال في الهبة وهبتك هذه الدار بشرط أن لا تخرج عن ملكي بخلاف ما إذا قال بشرط أن تخدمني سنة تأمل

بالشرط الفاسد القرض والهبة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيصاء والوصية

قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح وصار حالاً اهـ. وعبارة الخلاصة: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد، ولو قال كلما دخل نجم فلم تؤد فالمال حال صح والمال يصير حالاً اهـ. فجعلهما مسألتين وهو الصواب. وأما قوله في البزازية «بأن قال تصويراً للأولى» فسهو ظاهر لأنه لو كان كذلك لبقي الأجل فكيف يقول صح فيتأمل. وفاته أيضاً تعليق الرد بالعيب فإنه باطل وله الرد كما في البزازية، وليس هو من القسم الأول لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد كما ذكره المصنف في القسم الثاني ولا يصح تعليقه فهو كالنكاح. وبهذا علم المصنف فاته بيان ما لا يصح تعليقه ولا يبطل بالشرط الفاسد كما فاته ما يجوز تعليقه.

قوله: **(وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض)** بأن قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهراً مثلاً فإنه لا يبطل بهذا الشرط، وذلك لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وأنه يختص بالمبادلة المالية، وهذه العقود كلها ليست بمعاوضه مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة، ذكره العيني. فيقال له: فكيف بطل عزل الوكيل والاعتكاف والرجعة بالشروط الفاسدة مع أنها لم تكن من المبادلة المالية؟ وفي البزازية: وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم قوله: **(والهبة)** بأن قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي قوله: **(والنكاح)** بأن قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل كما عرف في موضعه. ومن هذا القبيل لو قال تزوجتك على أني بالخيار ويجوز النكاح ولا يصح

قوله: **(فإنه باطل وله الرد)** أي فإن التعليق يبطل ويلغو ويبقى المعلق على أصله بدليل قوله «وله الرد» وفي كون هذا من قبيل ما ذكره الماتن نظر لأن معنى قوله «ولا يصح تعليقه بالشرط» أنه يبطل بالتعليق لا أنه يبطل نفس تعليقه ويبقى هو صحيحاً قوله: **(وبهذا علم أن المصنف فاته بيان ما لا يصح تعليقه الخ)** أي فاته بيان التصريح بذلك وإلا فهو داخل في قول المصنف «وما لا يبطل بالشرط الفاسد» فإنه ذكر النكاح ولا يصح تعليقه والطلاق وهو يصح تعليقه قول المصنف: **(وما لا يبطل بالشرط الفاسد)** أي صح ولا يبطل وإن قيد بشرط فاسد وهذا مقابل قوله «أولاً ما يبطل بالشرط الفاسد» ولم يذكر مقابل القاعدة الثانية وهي قوله أولاً ويبطل تعليقه استغناء بما ذكره هنا من الفروع فإن منها ما يبطل تعليقه بالشرط ومنها ما لا يبطل، وأكثرها مما لا تبطل بالتعليق كالطلاق والوصية والوصاية والحوالة والوكالة والقرض والرهن والقضاء والكفالة والإذن في التجارة ودعوة الولد، فهذه كلها مما لا يبطل بالتعليق كما سيذكره المؤلف كما أنها لا تبطل بالشرط قول المصنف: **(القرض)** أقول في صرف البزازية أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد. اهـ فتأمل. قوله: **(فيقال له فكيف بطل عزل الوكيل الخ)** وكذا يقال مثل ذلك في الإبراء على ما قدمناه والإقرار والوقف والتحكيم وإبطال الأجل الذي قدمه عن البزازية فإن جميع ذلك ليس مبادلة مال بمال لكن ذكرها الماتن هنا باعتبار بطلان تعليقها بأداة الشرط لا باعتبار فسادها بالشروط. قوله: **(وسيأتي أن النكاح لا**

....

الخيار لأنه ما علق النكاح بالشرط فيبطل الخيار؛ كذا في الخانية. وسيأتي أن النكاح لا يجوز تعليقه بالشرط، وعليه تفرع ما في الخانية: تزوجتك إن أجاز أبي أو رضي فقالت قبلت لا يصح لأنه تعليق والنكاح لا يقبل التعليق. زاد في الظهيرية: لو كان الأب حاضراً في المجلس فقبل جاز. وفي الخانية: رجل تزوج امرأة على أنه مدني فإذا هو قروي يجوز النكاح إن كان كفؤاً ولا خيار لها. رجل طلب من امرأة نكاحاً بمحضر من الشهود فقالت المرأة لي زوج فقال الرجل ليس لك زوج فقالت المرأة إن لم يكن لي زوج فقد زوجت نفسي منك وقبل الزوج ولم يكن لها زوج قالوا: يجوز هذا النكاح لأن التعليق بشرط كائن تنجيز اهـ. وفي جامع الفصولين: تعليق النكاح بكائن تنجيز لو قال الأب زوجتك ابنتي إن لم أكن زوجتها فقبل صح.

قوله: **(والطلاق)** بأن قال طلقتك على أن لا تتزوجي غيري قوله: **(والخلع)** بأن قال خالعتك على أن يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال، وأما اشتراط الخلع لها فصيح عند الإمام كما مضى قوله: **(والعتق)** بأن قال أعتقتك على أني بالخيار قوله: **(والرهن)** بأن قال رهنت عندك عبدي بشرط أن استخدمه، ومن هذا القبيل ما في رهن البزازية قال: أخذ به رهناً على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء فقال الراهن نعم صار رهناً وبطل الشرط وهلك بالدين ثم قال: قال إن أوفيتك متاعك إلى كذا وإلا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يبطل الرهن أيضاً اهـ. قوله: **(والايصاء والوصية)** بأن قال أوصيت لك بثلث مالي إن أجاز فلان؛ ذكره العيني. وفيه نظر لأنه مثال تعليقها بالشرط والكلام الآن في أنها لا تبطل بالشرط الفاسد. وفي البزازية: وتعليقها بالشرط جائز لأنها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت اهـ. ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصى له المال وإلا فلا شيء له، وقدمنا عن فتاوى قاضيخان في بحث الإبراء أنه لو أوصى بثلث ماله لأم ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية اهـ. مع أن الشرط لم

يصح تعليقه الخ) عجبت ما في النهر حيث ذكر من أمثلة قوله والنكاح مسألة إن أجاز أبي فيقتضي عدم بطلانه مع أن كلام المصنف فيما لا يبطل بالشرط لا فيما يبطل ولا في التعليق على أنه مخالف لما هنا. قوله: **(زاد في الظهيرية الخ)** قال في النهر: وهو مشكل والحق ما في الخانية اهـ. قلت: ما في الظهيرية ذكره في الخانية أيضاً بعدما نقله المؤلف بنحو ورقة ونصف وجعله جواب الاستحسان ونصه: إذا قال لامرأة تزوجتك بألف إن رضي فلان قال أبو يوسف رحمه الله في الأمالي: إن كان فلان حاضراً في المجلس ورضي جاز استحساناً، وإن كان غائباً لم يجز وإن رضي بعد ذلك. اهـ تأمل. قوله: **(وأما اشتراط الخلع لها)** لعله الخيار لها. قوله: **(إلا أن يكون المراد بالشرط الخ)** أقول:

....

يوجد إلا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لا عدمه إلى الموت بدليل أنه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء. وأما الايصاء فقال في البزازية: لك مائة درهم على أن تكون وصياً عني فهو وصي والشرط باطل والمائة له وصية اهـ. وكأنه من باب القلب كأنه قال جعلتك وصياً على أن يكون لك مائة. ومعنى بطلان الشرط مع قوله والمائة وصية له أنها لا تكون للايصاء فيبطل جعلها له وتبقى وصية إن قبلها كانت له والا فلا. وفيها من البيوع: وتعليق الوصية والوصاية جائز اهـ. قوله: **(والشركة)** بأن قال شاركتك على أن تهديني كذا، ومن هذا القبيل ما في شركة البزازية: لو شرطا العمل على أكثرهما مالاً والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثاً اهـ. وقد وقعت حادثه توهم بعض حنفيه العصر أنها من هذا القبيل وليس كذلك هي. تفاضلا في المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالاً بالعمل فأجبت بأن الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما مالاً، والتبرع ليس من قبيل الشرط، والدليل عليه ما في بيوع الذخيرة: اشترى حطباً في قرية شراء صحيحاً وقال موصولاً بالشراء من غير شرط في الشراء احمله إلى منزلي لا يفسد العقد لأن هذا ليس بشرط في البيع هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده اهـ. فعلى هذا لو استأجر قرية أو أرضا للزراعة ثم قال بعد تمامها إن الحرث على المستأجر لا تفسد لأنه لم يكن شرطاً فيها وإنما يكون شرطاً لو قال على أن الحرث عليه فليحفظ هذا فإنه يخرج عليه كثير من المسائل قوله: **(والمضاربة)** بأن قال ضاربتك في ألف على النصف في الربح إن شاء فلان أو إن قدم زيد؛ ذكره العيني وهو مثال لتعليقها بالشرط. وهذا الذي وقع للعيني هنا دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فإنه لو أتى بالأمثلة التي ذكروها في الأبواب لكان أنسب. وفي البزازية: ولا تبطل بالشرط الفاسد ولو

يقرب هذا الجواب ما في هبة الولوالجية: وهبت لزوجها ضيعة على أن يمسكها ولا يطلقها ثم طلقها بعد ذلك فإن شرطت لذلك وقتاً فطلقها قبل مضيه فالهبة باطلة لأنه ما وفى بالشرط وإلا فصحيحة لأنه وفى به وتمامه فيها في الفصل الثاني قوله: **(وأما الإيصاء فقال في البزازية الخ)** الأولى ما صوره العيني: أوصيت إليك على أن تزوج ابنتي إذ الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد وما هنا صحيح. قوله: **(بأن قال شاركتك على أن تهديني كذا)** قال الرملي وفي البزازية: الشركة تبطل ببعض الشروط الفسادة دون بعض حتى لو شرط التفاضل في الوضيعة لا تبطل الشركة وتبطل باشتراط عشرة لأحدهما، والظاهر أنها لا تبطل بأكثر الشروط اهـ. قوله: **(ومن هذا القبيل ما في شركة البزازية الخ)** وضع المسألة في البزازية فيما إذا شرط صاحب الألف العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثاً اهـ. يعني على قدر ماليهما أعني الألوف الثلاثة فكونه أثلاثاً لا بمجرد كون أحد المالين أكثر بل قد يكون أرباعاً إذا كان من جانب ألف ومن آخر

والشركة والمضاربة والقضاء والإمارة والكفالة والحوالة والوكالة والإقالة والكتابة وإذن العمد في

شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لأنه شرط بل لقطع الشركة اهـ. وفيها: دفع إليه ألفاً على أن يدفع رب المال إلى المضارب أرضاً يزرعها سنة أو داراً للسكنى بطل الشرط وجازت المضاربة، ولو شرط المضارب لرب المال أن يدفع له أرضاً أو دارا سنة فسدت لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة داره اهـ. ثم قال: ولو شرط على أن تكون النفقة على المضارب إذا خرج إلى السفر بطل الشرط وجازت اهـ. وسيأتي بقية الكلام على ذلك في كتابها.

قوله: **(والقضاء)** بأن قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلاً على أن لا تعزل أبداً ويصح تعليقه بالشرط. قال في البزازية: لو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اهـ. وفي البزازية أيضاً: استخلف رجلاً وشرط عليه أن لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يمتثل أمر أحد صح التقليد والشرط، وإن فعل شيئاً من ذلك انعزل ولا يبطل قضاؤه فيما مضى. قلد السلطان رجلاً القضاء وشرط عليه أن لا يسمع قضية رجل بعينه يصح الشرط ولا ينفذ قضاء القاضي في هذا الرجل ويجب على السلطان أن يفصل قضية إن اعتراه قضيته اهـ. قوله: **(والامارة)** بأن قال الخليفة وليتك إمارة الشام مثلاً على أن تركب فهذا الشرط فاسدٍ ولا تبطل أمريته بهذا. والإمارة مصدر كالإمرة بالكسر يقال فلان أمر وأمر عليه إذا كان والياً وقد كان سوقه أي أنه يجرب، والتأمير تولية الإمارة يقال هو أمير مؤمر وتأمر عليهم أي تسلط؛ كذا في الصحاح. وفي صحيح البخاري «إنكم ستحرصون على الإمارة وستكون ندامة يوم القيامة»[1] قوله: **(والكفالة)** بأن قال كفلت غريمك إن أقرضتني، كذا ذكره العيني. وهو مثال لتعليقها بالشرط. وفي البزازية: لو قال كفلت به على أنه متى طولبت به أو كلما طولبت به فلي أجل شهر صحت، فإذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الأولى، فإذا تم الشهر من المطالبة الأولى لزم التسليم ولا يكون للمطالبة الثانية تأجيل اهـ. ثم قال: كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر يصح بخلاف البيع لأن مبناها على التوسع اهـ. وأما تعليقها بالشرط فسيأتي أنه يصح بشرط ملائم. وفي البزازية من البيوع: وتعليق الكفالة إن متعارفاً

ثلاثة؛ كذا بخط بعض الفضلاء. قوله: **(والدليل عليه ما في بيوع الذخيرة الخ)** قال في النهر: والذي ينبغي حمل ما في الذخيرة على إحدى الروايتين من أنهما لو ألحقا به شرطاً فاسداً لا يلتحق، وعلى أنه لا يلتحق بقي مجرد وعد لا يلزم الوفاء به والله تعالى الموفق اهـ. فتأمل. قوله: **(ويصح تعليقه بالشرط)** أي تعليق العزل لا القضاء لأن ما ذكره عن البزازية لا يدل عليه ولا تدل عليه العبارة الثانية، نعم سيذكر المؤلف عن الشارح الزيلعي جواز تعليق القضاء والإمارة. قوله: **(ومنه**

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأحكام باب ٧. النسائي في كتاب البيعة باب ٣٩. أحمد في مسنده (٢/ ٤٤٨).

....

كقدوم المطلوب يصح، وإن شرطاً محضاً كإن دخل الدار أو هبت الريح لا. والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل. ونص النسفي أن الشرط إن لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهي قوله: **(والحوالة)** بأن قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند التواء؛ ذكره العيني. يعني تصح الحوالة ويبطل الشرط فيرجع عليه عند التواء ويصح تعليقها بالشرط، ومنه اشتراط الخيار للمحتال وهو جائز كما في البزازية. ثم اعلم أن الحوالة تبطل ببعض الشروط لما في البزازية: ومن صور فساد الحوالة ما إذا شرط في الحوالة أن يعطي المال المحال به المحتال عليه للمحتال من ثمن دار المحيل لأنه لا يقدر على الوفاء بالملتزم بخلاف ما إذا التزم المحتال عليه الإعطاء من ثمن دار نفسه لأنه قادر على بيع نفسه، ولا يجبر على بيع داره كما إنما كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد لا يجبر على الأداء قبل الأجل اهـ. وهذه واردة على إطلاق المصنف وغيره قوله: **(والوكالة)** بأن قال وكلتك إن أبرأتني عما لك علي؛ ذكره العيني. وهو مثال تعليقها بالشرط. وفي البزازية: تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل، وتفرع على ذلك أنه قال كلما عزلتك فأنت وكيلي أنه صحيح لأنه تعليق التوكيل بالعزل، وسيأتي طريق عزله، ولو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح لأنه تعليق العزل بالشرط. وفي البزازية: الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة أي شرط كان قوله: **(والإقالة)** بأن قال أقلتك عن هذا البيع إن أقرضتني؛ كذا ذكره العيني. وفي القنية: لا يصح تعليق الإقالة بالشرط وتقدم أنهما لو تقايلا بأقل من الثمن الأول أو بجنس آخر لم تفسد ووجب الثمن الأول وهو مثال أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، وأما ما ذكر فمثال تعليقها. وفي البزازية: بجوز اشتراط الخيار فيها.

قوله: **(والكتابة)** بأن قال المولى لعبده كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد أو

اشتراط الخيار للمحتال) في كون ذلك من التعليق نظر بل هو شرط لكنه صحيح ليس مما نحن فيه تأمل.

قوله: **(وهذه واردة على إطلاق المصنف وغيره)** قال في النهر: وجوابه أن هذا من المحتال وعد وليس الكلام فيه اهـ. ومراده من المحتال المحتال عليه لأنه قد تحذف صلته، وهذا الجواب غير ظاهر لأن كونه وعداً لا يخرجه عن كونه شرطاً. قوله: **(وأما ما ذكر)** أي من قول العيني أقلتك عن هذا البيع إن أقرضتني كذا ومراد المؤلف الاعتراض على العيني بأن المراد بيان ما لا يبطل بالشرط الفاسد، وما ذكره من المثال تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يصح كما ذكره في القنية. وذكر المؤلف في آخر باب الإقالة أن فائدة كون الإقالة فسخاً تظهر في خمس مسائل: الثانية منها أنها لا تبطل بالشروط المفسدة ولكن لا يصح تعليقها بالشرط كأن باع ثوراً من زيد، فقال اشتريته رخيصاً فقال زيد إن وجدت مشترياً بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثاني لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة

التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العبد وعن الجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وعزل القاضي وبخيار الشرط.

على أن لا تعامل فلاناً أو على أن تعمل في نوع من التجارة، فإن الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط، فله أن يخرج من البلد ويعمل ما شاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء، وذلك لأن الشرط غير داخل في صلب العقد، وأما إذا كان داخلاً في صلب العقد بأن كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فإنها تفسد به على ما عرف في موضعه؛ ذكره العيني، وفي البزازية: كاتبها وهي حامل على أن يدخل ولدها في الكتابة فسدت لأنها تبطل بالشرط الفاسد قوله: **(وإذن العبد في التجارة)** بأن قال لعبده أذنت لك في التجارة على أن تتجر إلى شهر أو على أن تتجر في كذا، فإن أذنه له يكون عاماً في التجارات والأوقات ويبطل الشرط قوله: **(ودعوة الولد)** بأن قال لأمته التي ولدت هذا الولد مني إن رضيت امرأتي بذلك قوله: **(والصلح عن دم العمد)** بأن صالح ولي المقتول عمداً القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه شيئاً فإن الصلح صحيح والشرط. فاسد ويسقط الدم لأنه من الإسقاطات فلا يحتمل الشرط قوله: **(وعن الجراحة)** بأن صالح عنها بشرط إقراض شيء أو إهدائه قوله: **(وعقد الذمة)** بأن قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية إن شاء فلان مثلاً فإن عقد الذمة صحيح والشرط باطل قوله: **(وتعليق الرد بالعيب)** بأن قال إن وجدت بالمبيع عيباً أرده عليك إن شاء فلان مثلاً قوله: **(وبخيار الشرط)** أي وتعليق الرد به

بالشرط؛ كذا في البزازية اهـ. قوله: **(وفي البزازية كاتبها وهي حامل)** مخالف لما قدمه عن العيني ويوافقه ما في العمادية والاستروشنية أن تعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وإنما تبطل بالشرط الفاسد لكن حمله في الدرر على كون الفساد في صلب العقد بدليل قولهما ثانياً الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط فإنه محمول على ما إذا لم يكن في صلب العقد، ورد بهذا التوفيق على صاحب جامع الفصولين تأمل. ثم على هذا كان ينبغي عد الكتابة في القسم الأول أيضاً. قوله: **(بأن قال لأمته التي ولدت الخ)** فيه أن هذا من التعليق وليس الكلام فيه ومثله في النهر بأن قال لأمته بعدما ولدت هذا الولد مني بشرط رضا زوجتي اهـ. ومثله في الدرر بأن يقول المولى إن كان لهذه الأمة حمل فهو مني. قال في العزمية: كون هذا الشرط فاسداً محل تدبر. وصور ذلك في إيضاح الكرماني بأن ادعى نسب التوأمين بشرط أن لا تكون نسبة الآخر منه أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه يثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث وبطل الشرط لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر لما عرف، وشرط أن لا يرث شرط فاسد لمخالفته الشرع والنسب لا يفسد به اهـ. وما صور به في الدرر رده في الشرنبلالية أيضاً بما يأتي قريباً. قوله: **(بأن قال إن وجدت بالمبيع عيباً أرده عليك إن شاء فلان)** فيه أن هذا من التعليق فكان عليه أن يقول بشرط أن يرضى فلان. بقي هنا شيء وهو أن الكلام فيما لا يبطل بالشرط الفاسد وقد عد منه تعليق الرد

. . . .

بأن قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياري إن شاء فلان فإنه يصح ويبطل الشرط قوله: **(وعزل القاضي)** بأن قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء إن شاء فلان فإنه ينعزل ويبطل الشرط لما ذكرنا أن هذه الأشياء ليست بمعاوضه مالية فلا يؤثر

بالعيب وبخيار الشرط، فالمراد عدم بطلان التعليقين بالشرط الفاسد لا الردين أنفسهما. ثم إن قوله «إن شاء فلان» قيد للرد لأن جواب هذا الشرط مقدر به أي إن شاء فلان فأنا أرده عليك، وقد علمت أن المراد جعل الشرط قيداً للتعليق لا للرد ولم يظهر لي له مثال. وعن هذا والله تعالى أعلم أسقط في الدرر لفظ التعليق واقتصر على قوله «والرد بالعيب وبخيار الشرط». ثم رأيت في العزمية قال: قد عبر في العمادية والاستروشنية وجامع الفصولين عن هذه المسألة وتعليق الرد، ويوافقه ما في الخلاصة والكنز وقد غيره صاحب الدرر إلى ما ترى وهو مستبد في ذلك غير مقتفٍ أثر أحد، وكأنه نظر إلى أن ما لا يبطل بالشرط الفاسد هو الرد لا تعليقه وهو محل تدبر بعد اهـ. وتمامه فيه. وعبر صاحب جامع الفصولين بقوله: وتعليق الرد بعيب بشرط وتعليق الرد بخيار شرط بشرط اهـ. هذا وفي أول خيار العيب من البحر التنبيه الثامن: عثر على عيب فقال للبائع إن لم أرده عليك اليوم رضيت به قال محمد: القول باطل وله الرد اهـ. وإذا لم يبطل بالتعليق لا يبطل بالشرط الفاسد تأمل. وكتب المؤلف أيضاً في باب خيار الشرط من البحر ما نصه: فإن قلت هل يصح تعليق إبطاله وإضافته؟ قلت قال في الخانية: لو قال من له الخيار إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياري كان باطلاً ولا يبطل خياره، وكذا لو قال في خيار العيب إن لم أرده اليوم فقد أبطلت خياري ولم يرده اليوم لا يبطل خياره، ولو لم يكن كذلك ولكنه قال أبطلت غداً أو قال أبطلت خياري إذا جاء غد فجاء غد، ذكر في المنتقى أنه يبطل خياره. قال: وليس هذا كالأول لأن هذا وقته يجيء لا محالة بخلاف الأول اهـ. فقد سووا بين التعليق والإضافة في المحقق مع أنهم لم يسووا بينهما في الطلاق والعتاق. وفي التتارخانية: لو كان الخيار للمشتري فقال إن لم أفسخ اليوم فقد رضيت وإن لم أفعل كذا فقد رضيت لا يصح اهـ كلام المؤلف في باب خيار الشرط. أي لا يصح إبطال الخيار بذلك بل يبقى خياره على حاله. قوله: **(بأن قال عزلتك عن القضاء إن شاء فلان)** هذا أيضاً من التعليق والعجب أنه كرر الاعتراض على العيني بسبب ذلك ووقع فيه مراراً، ومثل له في الدرر بأن يقول الإمام للقاضي إذا وصل كتابي إليك فأنت معزول وقال: قيل يصح الشرط ويكون معزولاً، وقيل لا يصح الشرط ولا يكون معزولاً وبه يفتي؛ كذا في العمادية والاستروشنية اهـ. وفيه ما مر لكن قال في العزمية: وعبارتهما أي العمادية والاستروشنية قال ظهير الدين: نحن لا نفتي بصحة التعليق وهو فتوى شمس الإسلام الأوزجندي. وبه يظهر أن الشرط هنا بمعنى التعليق، بقي أن كون العزل مما لا يبطل بالشرط الفاسد غير متأتٍ على هذين القولين وكأن القول المذكور في المتن غير هذين القولين فلينظر إلى كتب القوم اهـ. وإنما كان غيرهما لأنهما في التعليق، وما في متن الدرر فيما لا يبطل بالشرط أي باقترانه بشرط وقد يقال: المراد بالشرط ما يعم التعليق فالمذكورات لا تبطل بالتعليق بالشرط بل تصح معه، ولا تبطل باقترانها بشرط بل يبطل التعليق والشرط، وحينئذ يوافق كلام

. . . .

فيها الشروط الفاسدة. ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى ما يجوز تعليقة بالشرط. قال الشارح رحمه الله تعالى: إنه مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق، وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة والتوليات كالقضاء والامارة اهـ. وقد فاته الإذن في التجارة فإنه يصح تعليقه بالشرط كما في الخانية لكونه من الاسقاطات لكن لا يحلف به، فلو حذف التي يحلف بها لدخل ولدخل تعليق تسليم الشفعة فإن صحيح كما في البزازية لكونه إسقاطاً لكن لا يحلف به. وقد فات المصنف الرهن فإنه مما لا يبطل بالشرط الفاسد كما في البزازية، وفاتة أيضاً مسئلة الإسلام فإنه لا يصح تعليقه بالشرط كما في فتاوى قارئ الهداية. ويرد عليه أن الهبة يجوز تعليقها بالشرط الملائم نحو وهبتك على أن تقرضني كذا؛

الدرر لأحد القولين وتصح تصويرات العيني بالتعليق ويندفع الاعتراض عنه وعن المؤلف فليتأمل. قوله: **(ولم يذكر المصنف ما يجوز تعليقه بالشرط)** أي لم يصرح به وإلا فأغلب ما قدمه مما يجوز تعليقه بالشرط كما نبهنا عليه سابقاً. قوله: **(ولدخل تعليق تسليم الشفعة الخ)** قال الرملي: عبارة البزازية في الشفعة تعليق إبطالها بالشرط جائز حتى لو قال سلمتها إن كنت اشتريتها لنفسك، فإن كان اشتراه لغيره لا تبطل لأنه إسقاط والإسقاط يحمل التعليق اهـ. أقول: فلو قال الشفيع قبل البيع لمن يريد الشراء إن اشتريت فقد سلمتها هل يصح أم لا ولا شبهة أنه تعليق الإسقاط قبل الوجوب بوجود سببه. ومقتضى قولهم التعليق بالشرط المحض يجوز فيما كان من باب الإسقاط المحض، وقولهم المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده، وقولهم من لا يملك التنجيز لا يملك التعليق إلا إذا علقه بالملك أو سببه صحة التعليق المذكور لأنه من باب الإسقاط وكأنه نجزه عند وجوده وقد علقه بسبب الملك فتأمل. لكن في الظهيرية ما هو صريح في أنه ليس إسقاطاً محضاً قال في الظهيرية في الفتاوى الصغرى: تعليق إبطال الشفعة بالشرط جائز حتى لو قال سلمت لك شفعة هذه الدار إن كنت اشتريت لنفسك، فإن كان اشتراها لغيره كان الشفيع على شفعته لأن تسليم الشفعة إسقاط محض فيصح تعليقه بالشرط، لكن يرد على هذه مسألة إشكالاً وهو ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في باب الصلح من الجنايات وكتاب الصلح من المبسوط أن القصاص لا يصح تعليق إسقاطه بالشرط ولا يحتمل الإضافة إلى الوقت وإن كان إسقاطاً محضاً، ولهذا لا يرتد برد من عليه القصاص، ولو أكره على إسقاط الشفعة فأسقط لا يبطل حقه في الشفعة. وبهذا تبين أن تسليم الشفعة ليس بإسقاط محض لأنه لو كان إسقاطاً لصح مع الإكراه اعتباراً بعامة الإسقاطات والمسألة في إكراه المبسوط اهـ. وعليه لا يصح التعليق قبل الشراء كما لا يصح التنجيز قبله، ولم أر من صرح بالمسألة مع أنها تقع كثيراً لكن الذي يظهر عدم صحة التعليق فيها، وأسأل الله تعالى الظفر بها في كلامهم فهو الموفق والمعين اهـ. قوله: **(وقد فات المصنف الرهن)** فيه أن الرهن مذكور في كلام المصنف فيما لا يبطل بالشرط الفاسد وتقدم مشروحاً. وقول «وفاته أيضاً مسألة الإسلام» سيأتي عن الغزي أنه داخل في الإقرار. قوله: **(كما في فتاوى قارئ الهداية)** قال الرملي نقلاً عن شيخ الإسلام محمد الغزي: الذي

....

كذا في جامع الفصولين. وعلى هذا فما ذكره الكردري في المناقب معزياً إلى الناصحي لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصح ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك اهـ. مبني على أن الشرط ملائم. وفي البزازية من البيوع: وتعليق الهبة بـ«إن» باطل وبـ«على»إن ملائماً كهبته على أن يعوضه يجوز، وإن مخالفاً بطل الشرط وصحت الهبة. ويرد عليه أيضاً تعليق دعوة الولد صحيح كقوله إن كانت جاريتي حاملاً فمني صح؛ كذا في البزازية وليس مما ذكره. وكذا يرد عليه الكفالة فإنه يصح تعليقها بشرط ملائم كما قدمناه. ولم يذكر المصنف ولا الشارح ما يجوز تعليقه بالشرط الجائز وما لا يجوز وتقييده بالفاسد يخرجه، وفي البزازية: إن ما يتعلق بذكر الشرط الجائز يفسده الفاسد من الشرط كالبيع والإجارة والصلح على مال والقسمة وعقد لا يتعلق بالجائز. فالفاسد من الشرط لا يبطله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال فالأول لا يصح إلا ببدل منطوق معلوم يجري فيه التمليك والتملك، والثاني يصح ببدل وبدونه وببدل مجهول وحرام وحلال وعقد يتعلق بالجائز منه. والفاسد منه على نوعين: نوع يفسده ونوع لا وهو الكتابة إلى آخر ما فيها. وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى ما يجوز إضافته إلى زمان وما لا يجوز في آخر كتاب الإجارات فإذا وصلنا إليه شرحناه بأتم مما ذكره الشارح هنا وننبه على ما فاتهما إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب.

في فتاوى قارئ الهداية سئل إذا قال ذمي أنا مسلم أو إن فعلت كذا وأنا مسلم ثم فعله أو تلفظ بالشهادتين لا غير، هل يصير مسلماً؟ أجاب: لا يحكم بإسلامه في شيء من ذلك؛ كذا أفتى علماؤنا. ثم ذكر اختياره في ذلك فليراجع اهـ. وهو كما يخفى لا يفيد ما ذكره شيخنا فإن افتاءه بعدم الصحة ليس مبناها على التعليق وإنما هو مبني على أن قول الذمي أنا مسلم وأنا أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ليس بإسلام بل لا بد من التبري كما علمت تفاصيله في الكتب المبسوطة. وإنما يؤخذ عدم صحة تعليقه بالشرط من قولهم في المتون والشروح والفتاوى بعدم صحة تعليق الإقرار بالشرط وهذا ظاهر والله تعالى أعلم اهـ. قوله: **(ويرد عليه أن الهبة الخ)** أي يرد على الشارح الزيعلي وكأن الأولى تقديمه على قوله «وقد فات المصنف الخ» ولا يصح إرجاع الضمير للمصنف لما قد مر عن جامع الفصولين أن ما جاز تعليقه بالشرط لا تفسده الشروط الفاسدة، والمصنف عد هذه المذكورات مما لا تفسده الشروط الفاسدة، ولا ينافي ذلك جواز تعليقها. وقد مر أيضاً أن تعليق الوصية والإيصاء جائز، وكذا تعليق العزل عن القضاء، وكذا تعليق الحوالة والوكالة، فهذه قد فاتت الشارح أيضاً. وذكر في جامع الفصولين مما يجوز تعليقه إذن القن، وكذا تعليق النكاح والبراءة بشرط كائن حال، ولو قال بعته إن رضي فلان جاز البيع والشرط اهـ. لكن إذا وقته بثلاثة أيام كما مر فراجعه.

كتاب الصرف

هو بيع بعض الأثمان ببعض فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وإن اختلفا جودة

كتاب الصرف

تقدم وجه تأخيره والكلام فيه في مواضع: الأول في معناه اللغوي. ذكر في القاموس أن صرف الحديث أن يزاد فيه ويحسن من الصرف في الدراهم وهو فضل بعضه على بعض في القيمة. وكذلك صرف الكلام. وأما الصرف في الحديث «لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً» فالصرف التوبة، والعدل الفدية، أو هو النافلة والعدل الفريضة أو بالعكس، أو هو الوزن والعدل الكيل، أو هو الاكتساب والعدل الفدية أو الحيل اهـ. وفي الصحاح: يقال صرفت الدراهم بالدنانير وبين الدرهمين صرف أي فضل لجودة فضة أحدهما على الآخر اهـ. والثاني في معناه في الشريعة وقد أفاده بقوله قوله: **(هو بيع بعض الأثمان ببعض)** كالذهب والفضة إذا بيع أحدهما بالآخر أي بيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض. وإنما فسرناه به ولم نبقه على ظاهره ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمناً صريحاً ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف. الثالث في ركنه فما هو ركن كل بيع فهو ركنه من الإيجاب والقبول أو التعاطي. والرابع في شرائطه فأربعة: الأول قبض البدلين قبل الافتراق بالأبدان. الثاني أن يكون باتاً لا خيار فيه فإن شرط فيه خيار وأبطله صاحبه قبل التفرق صح وبعده لا، وأما خيار العيب فثابت فيه، وأما خيار الرؤية فثابت في العين دون الدين وإذا رده بعيب انفسخ العقد، سواء رده في المجلس أو بعده، وإن كان ديناً فردها في المجلس لم ينفسخ، فإذا رد بدله بقي الصرف وإن رد بعد الافتراق بطل وتمامه في البدائع. الثالث أن لا يكون بدل الصرف مؤجلاً فإن أبطل صاحب الأجل الأجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض من الجانبين انقلب جائزاً وبعد التفرق لا الرابع التساوي في الوزن إن كان المعقود عليه من جنس واحد فإن تبايعا ذهباً

كتاب الصرف

قوله: **(فإن علم التساوي الخ)** وفي الكفاية: العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته حتى لو

....

بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز، فإن علما التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض صح. وكذا لو اقتسما الجنس مجازفة لم يجز إلا إذا علم التساوي في المجلس لأن القسمة كالبيع؛ كذا في السراج الوهاج.

قوله: **(فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض)** أي النقدان بأن بيع أحدهما بجنس الآخر فلا بد لصحته من التساوي وزناً ومن قبض البدلين قبل الافتراق. أما التساوي فقدمناه في باب الربا ولو تصارفا جنساً بجنس مثلاً بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيئاً وقبله الآخر فسد البيع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هما باطلان والصرف صحيح، وعند محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة الهبة المستقلة. واختلافهم هذا فرع اختلافهم في أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر إذا ألحق به هل يلتحق أم لا؛ فمن أصل أبي حنيفة التحاقه ويفسد العقد ومن أصلهما عدم التحاقه فطرده أبو يوسف هنا، ومحمد فرق بين الزيادة والحط. ولو زاد أو حط في صرف بخلاف الجنس جاز إجماعاً لكن يشترط قبض الزيادة قبل الافتراق لالتحاقها بأصل العقد. ولو حط مشتري الدينار قيراطاً منها فبائع الدينار يكون شريكاً له في الدينار. ولو زاد مشتري السيف المحلى ديناراً جاز، ولا يشترط قبضه قبل الافتراق لصرف الزيادة إلى النصل روالحمائل وتمامه في البدائع. وأما التقابض فالمراد التقابض قبل الافتراق بأبدانهما بأن يأخذ هذا في جهة وهذا في جهة، فإن مشيا ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمتفرقين. ولا يبطل بما يدل على الأعراض بخلاف خيار المخيرة فإنه يبطل بما يدل عليه وتفرع على ما ذكرناه أنه لو كان لكل من رجلين على صاحبه دين فأرسل إليه رسولاً فقال بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي وقال قبلت فهو باطل لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما متفرقان بأبدانهما. وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يجز لأنهما مفترقان بأبدانهما. والمعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكين أو نائبين كالأب والوصي والوكيل لأن القبض من حقوق العقد وحقوقه متعلقه بهما. ولا اعتبار بالمجلس إلا في مسألة وهي ما إذا قال الأب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قال قبل أن يزن العشرة فهو باطل؛ كذا روي عن محمد لأن الأب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالأبدان فيعتبر المجلس؛ كذا في البدائع. وفي الذخيرة: لو وكل وكيلين في الصرف فتصارفا ثم ذهب أحدهما قبل القبض وقبض الآخر بطل في حصة الذاهب فقط كالمالكين إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر بخلاف الوكيلين بقبض الدين إذا قبض أحدهما دون الآخر لم يجز؛ كذا في الذخيرة. وتفرع على اشتراط القبض أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف ولا

تبايعا ذهباً بذهب مجازفة وافترقا بعد التقابض ثم علما بالوزن أنهما كانا متساويين لا يجوز عندنا

. . . .

هبته والتصدق به، فإن فعل لم يصح بدون قبول الآخر، فإن قبل انتقض الصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض لأنه في معنى الفسخ فلا يصح إلا بتراضيهما، فلو أبى الواهب أن يأخذ ما وهب أجبر على القبض، وتفرع أيضاً أنه لا يجوز الاستبدال ببدل الصرف قبل قبضه وسيأتي. وعلى هذا تتخرج المقاصة في ثمن الصرف إذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف أنه لا يصير قصاصاً ببدل الصرف وإن تراضيا بذلك وقد مر في السلم. ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه لمعنى أوجب انتقاضه أن يبطل الصرف وقد تقدم في السلم وتمامه في البدائع. ثم إن استحق أحد بدلي الصرف بعد الافتراق فإن أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف؛ كذا في البدائع. قيدنا التماثل من حيث الوزن لأنه لا اعتبار به عدداً؛ كذا في الذخيرة.

قوله: **(وإن اختلفا جودة وصياغة)** لقوله عليه السلام «الذهب بالذهب والفضة بالفضة» إلى أن قال «مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[1] رواه مسلم وغيره. ولا فرق في ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبرأ ولا يتعينان كالمضروب، أو يتعين أحدهما دون الآخر لإطلاق الحديث، وفي الذخيرة من البيوع من الفصل السادس: وإذا باع درهماً كبيراً بدرهم صغيراً أودرهماً جيداً بدرهم رديء يجوز لأن لهما فيه غرضاً صحيحاً، فأما إذا كانا مستويين في القدر والصفة فبيع أحدهما بالآخر هل يجوز وهل يصير مثله ديناً في الذمة؟ اختلفوا بعضهم قالوا: لا يجوز وأشار إليه محمد في الكتاب وبه كان يفتي أبو حاتم الإمام أبو أحمد اهـ. قيد إسقاط الصفة بالأثمان لأنه لو باع إناء نحاساً بإناء نحاس أحدهما أثقل من الآخر فإنه يجوز وزناً مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضاً، وذلك لأن صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزوناً بتعارف جعله عددياً لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالتعارف فيخرج عن كونه موزوناً بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع؛ كذا في فتح القدير. وفي الذخيرة حتى قالوا: لو اعتادوا بيع الأواني المتخذة

خلافاً لزفر ابن ملك على شرح المجمع. قوله: **(فإنه يجوز وزناً)** عبارة الفتح: «حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن تفاضلا وزناً مع أن النحاس الخ» فالصواب إسقاط قوله «وزناً» والاقتصار على قوله «فإنه يجوز».

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع باب ٨، ٨١، ٨٤. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٧٦، ٨١، ٨٣، ٨٦، ٨٨، ٩٩، ١٠٣. أبو داود في كتاب البيوع باب ١٢، ١٧. الترمذي في كتاب البيوع باب ٤٢ــ ٤٤، ٤٩. أحمد في مسنده (١/ ٢٠٠، ٢٠١).

وصياغة وإلا شرط التقابض فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فلو باع ديناراً بدارهم واشترى بها ثوباً فسد بيع

من هذه الأشياء بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعه بغير المصنوع من جنسه إلا متساوياً وزناً، وإذا تعاملوا ببيعها عدداً لا وزناً يجوز بيع الواحد بالإثنين اهـ. وفي القاموس: الجيد ككيس ضد الرديء والجمع جياد وجيادات وجيايد، وجاد يجود جودة صار جيداً اهـ. وفيه: والصياغة بالكسر حرفة الصائغ اهـ قوله: **(وإلا شرط التقابض)** أي وإن لم يتجانسا يشترط التقابض قبل الافتراق دون التماثل لما رويناه من الحديث. وفي فتح القدير والمعراج معزياً إلى فوائد القدوري: المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد اهـ. ثم اختلفوا في القبض فقيل شرط انعقاده صحيحاً فأورد عليه أنه حينئذ لا بد من القران أو التقدم والقبض متأخر فكان حكماً له لا شرطاً. وأجيب بأن الوجود في المجلس جعل مقارناً للعقد حكماً، والصحيح المختار أنه شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده، وقد أشار محمد إلى كل منهما كما في الذخيرة. ويدل على الثاني قوله فإن تفرقا قبل القبض بطل فلولا أنه منعقد لما بطل بالافتراق؛ كذا في المعراج. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف فهل يفسد فيما ليس بصرف عند أبي حنيفة فعلى القول الضغيف يتعدى الفساد وعلى الأصح لا يتعدى؛ كذا في فتح القدير. وقيد بالذهب والفضة لأنه لو باع فضة بفلوس أو ذهب بفلوس فإنه يشترط قبض أحد البدلين قبل الافتراق لا قبضهما؛ كذا في الذخيرة وقدمناه عند قوله في باب الربا «وصح بيع الفلس بالفلسين». وفي الذخيرة: إذا غصب قلب فضة أو ذهب ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغاً من خلاف جنسه، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز عندنا خلافاً لزفر لأنه صرف. وعندنا هو صرف حكماً للضمان الواجب بالغصب لا مقصوداً فلا يشترط له القبض سواء كان وجوب القيمة بقضاء القاضي أو بالصلح. ولو اشترى المودع الوديعة الدراهم بدنانير وقبض الدنانير وافترقا قبل أن يجدد المودع قبضاً في الوديعة بطل الصرف بخلاف ما إذا كانت مغصوبة لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة اهـ قوله: **(فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس)** لأن المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف. ولو افتراقا قبل قبضهما أو قبض أحدهما بطل لفوات الشرط قيد ببيع الجنس بخلاف الجنس لأنه لو باع الجنس بالجنس مجازفة فإن علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا.

قوله: **(ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فلو باع ديناراً بدراهم ثم اشترى**

قوله: **(وقد نقل عن زفر الخ)** قال في فتح القدير: وهذا على إحدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين في البياعات فأما على الرواية الأخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا اهـ. قوله: **(وبه اندفع ترجيح ابن الهمام الخ)** فيه نظر ظاهر فإن المحقق قد أجاب عن هذا وكان المؤلف لم يكمل

. . . .

بها ثوباً فسد البيع في الثوب) أي في أحد بدلي الصرف لأن كلاً منهما ثمن فلا تجوز هبته ولا صدقته ولا بيع شيء به، وقدمنا أنه إن وهب أو تصدق به أو أبرأه فإن قبل الآخر انفسخ الصرف لتعذر وجود القبض وإلا فلا. وأما البيع فصورته كما ذكره المصنف باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اشترى بها ثوباً أو مكيلاً أو موزوناً فالبيع في الثوب فاسد لأن قبض العشرة مستحق حقاً لله تعالى فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين فلم يجز بيع الثوب والصرف على حاله يقبض بدله من عاقده معه. وأورد عليه أن فساد الصرف حينئذ حق الله تعالى وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله بذلك. وأجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لأنه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لا أنه يرتفع، وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لأن الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لأن العقد لا يتعين فإضافة العقد إلى بدل الصرف كعدم إضافته فيجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها. وجوابه أن قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرط إيفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطاً فاسداً فيمتنع الجواز وقد رجحه في فتح القدير. ثم اعلم أنهم قرروا هنا كما في المعراج أن البدلين في باب الصرف كل منهما ثمن قبل العقد وحالته فلا يشترط وجودها في ملك المتصارفين ولا يتعينان بالإشارة، ومثمن من وجه بعد العقد ضرورة أن العقد لا بد له من مثمن فلا يجوز الاستبدال بأحدهما قبل القبض لكونه بيع المبيع قبل قبضه إلى آخره، وبه اندفع ترجيح ابن الهمام قول زفر كما لا يخفى. وفي الذخيرة: إذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سوداً ورضي بها البائع جاز ذلك لأن هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد، وإنما أبرأه عن صفة الجودة حين تجوز بالسود فكان مستوفياً بهذه الطريق لا مستبدلاً. قال شمس الأئمة السرخسي: ومراده من السود الدراهم المضروبة من النقود السود لا الدراهم البخارية لأن أخذ البخارية مكان الدراهم البيض لا يجوز لأنه يكون استبدالاً لاختلاف الجنس. وكذلك لو قبض مشتري الدراهم الدراهم فأراد أن يعطي ضرباً آخر من الدنانير سوى ما شرط لا يجوز إلا برضا صاحبه وإذا رضي به صاحبه كان مستوفياً لا مستبدلاً لكون الجنس واحداً. قيل: هذا إذا أعطى ضرباً دون المسمى، فأما إذا أعطاه ضرباً فوق المسمى فلا حاجة إلى رضا صاحبه اهـ. وقدمنا جواز الرهن ببدل الصرف فإن هلك وهما في المجلس هلك بما فيه وجاز العقد، وإن

النظر في عبارته، ثم رأيت صاحب النهر لخص جواب المحقق واعترض كلام المؤلف حيث قال: ولا يخفى أن زفر إنما قال يجوز البيع بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمناً فجاز أن يعطي من غيره، ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فإذا قال بصحة هذا البيع لما قلنا كان بالضرورة قائلاً بأن البيع انعقد موجباً دفع مثله وتكون تسميته بدل الصرف تقديراً للثمن، سواء سميته بيعاً أو

الثوب ولو باع أمة مع طوق قيمة كل منهما ألف بألفين ونقد من الثمن ألفاً فهو ثمن الطوق وإن اشتراها بألفين ألف نقداً وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق ومن باع سيفاً حليته خمسون بمائة

هلك بعد الافتراق بطل الصرف ولا يكون مستوفياً، وقدمنا جواز الحوالة والكفالة به فإن سلم الكفيل أو الأصيل أو المحال عليه في المجلس صح، وإن افترق المتعاقد إن بطل وإن بقي الكفيل أو المحال عليه لأن حقوق العقد إنما تتعلق بالمتعاقدين؛ كذا في شرح السراج الوهاج قوله: **(ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بالفين ونقد من الثمن ألفاً فهو ثمن الطوق وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق)** لأن حصة الطوق يجب قبضها في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الإتيان بالواجب فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض والحال إلى الطوق إحساناً للظن بالمسلم، وكذا لو قال خذ منهما صرفاً إلى الطوق وصح البيع فيهما تحرياً للجواز بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الألف من ثمن الجارية فإن الظاهر حينئذ عارضة التصريح بخلافه، فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما إذا لم يقبضه؛ كذا في فتح القدير. وقيد بتأجيل البعض لأنه لو أجل الكل فسد البيع في الكل عند أبي حنيفة. وقالا: يفسد في الطوق دون الجارية لأن القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدره. ولأبي حنيفة أن الفساد مقارن فيتعدى إلى الجميع كما لو جمع بين عبد وحر في البيع بخلاف الفساد في الأولى فإنه طارئ فلا يتعدى إلى غيره. وقد اعترض الشارح على المؤلف بالتسامح في عبارته بأنه ذكر القيمة في كل منهما ولا تعتبر القيمة في الطوق وإنما يعتبر القدر حين المقابلة بالجنس. وكذا لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية لأن قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية، قلت قيمتها أو كثرت، فلا فائدة في بيان قيمتها إلا إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لأن الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتها اهـ. وقد أجاب العيني بما لا طائل تحته. وفي فتح القدير: ولقد وقع الإفراط في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العتق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب، وكون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه اهـ.

قوله: **(ومن باع سيفاً حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهي حصتها وإن لم يبين أو قال من ثمنهما)** أما إذا لم يبين فلما ذكرنا إن أمرهما يحمل على الصلاح، وأما إذا قال خذ هذا من ثمنهما فلأن التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى ﴿فنسيا حوتهما﴾ [الكهف: ٦١] والناسي أحدهما وقال تعالى ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ [الرحمٰن: ٢٢] والمراد أحدهما.

ثمناً إنما يلزم بيع المبيع قبل قبضه إذا لزم بتسميته بعينه، وليس هنا هكذا فبطلان بيع الثوب مطلقاً كما هو المذهب مشكل؛ هذا حاصل ما في الفتح وفيه ترجيح لقول زفر، ودفعه في البحر بما لا

. . . .

وفي الحديث «فأذنا وأقيما» والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالإسلام. ونظيره في الفقه إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولداً علق بأحدهما للاستحالة بخلاف ما إذا لم يذكر المفعول به للإمكان. وقد فاته صورتان: الأولى أن يبين ويقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف. الثانية أن يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لأنهما شيء واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده؛ هكذا ذكره الشارح. وفي المعراج معزياً إلى المبسوط: لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الإضافة، ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة والقول في ذلك وقوله لأنه هو الملك فالقول له في بيان جهته اهـ. وهكذا في العناية. وفي السراج الوهاج: ولو قال هذا الذي عجلته حصة السيف كان عن الحلية وجاز البيع لأن السيف اسم للحلية أيضاً لأنها تدخل في بيعه تبعاً. ولو قال هذا من ثمن الجفن والنصل خاصة فسد البيع لأنه صرح بذلك وأزال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة اهـ. ويمكن التوفيق بأن يحمل ما ذكره الشارح على ما إذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق ما في السراج الوهاج.

يصلح دفعاً حذفناه خوف الإطالة بلا فائدة. قوله: **(وفي المعراج معزياً إلى المبسوط الخ)** أقول وفي كافي الحاكم: وإذا اشترى قلباً بعشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم ثم افترقا فهي قصاص بثمن القلب وإن تفرقا على غير رضا وكذلك القرض، ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهماً وقبض القلب ونقده عشرة دراهم ثم تفرقا جعلت ما نقده ثمن القلب استحساناً، ولو نقده العشرة فقال هي من ثمنهما جميعاً فهو مثل الأول، فإن قال من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في القلب لأن الدافع يجعلها قضاء من أيهما شاء، وكذلك لو كان الثمن ديناراً، وكذلك لو اشترى سيفاً محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهماً فقبض السيف ونقده خمسين درهماً وقال هي من ثمن السيف أو قال من ثمن السيف والحلية أو من ثمن السيف دون الحلية ورضي بذلك القابض أو لم يرض فهو سواء والذي نقد من ثمن الحلية استحساناً اهـ، وانظر ما الفرق بين قوله «ثمن الثوب خاصة» وقوله «من ثمن السيف دون الحلية» حيث ينتقض البيع في الأول دون الثاني، ولعل الفرق هو أن الثوب يمكن كونه مبيعاً قصداً فيتعين عند التنصيص بخلاف السيف إذا كان لا يتخلص عن الحلية إلا بضرر، فلو صح التنصص لزم فساد البيع لأنه يصير كبيع جذع من سقف، ولكن هذا مخالف لما ذكره هنا عن المبسوط فإن قوله «من ثمن لسيف دون الحلية» بمنزلة قوله «من ثمن السيف خاصة» فليتأمل. ويؤيد ما ذكرناه من الفرق قوله في الكافي أيضاً: ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوباً بعشرين درهماً فنقده عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب ثم تفرقا وقد قبض القلب والثوب انتقض البيع في نصف القلب،

ونقد خمسين فهو حصتها وإن لم يبين أو قال من ثمنهما ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلا ولو باع أناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما

وأما ما في المبسوط فإنما قال خاصة وحينئذ كأنه قال خذ هذا عن النصل فليتأمل، وسيتضح بعد. قيد بقوله بمائة لأنه لو باعه بخمسين أو بأقل منها لم يجز الربا وإن باعه بفضة لم يدر وزنها لم يجز أيضاً لشبهة الربا نفي ثلاثة أوجه لا يجوز البيع وفي واحد يجوز وهو وما إذا علم أن الثمن أزيد مما في الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلاً لها والباقي في مقابلة النصل. هذا إذا كان الثمن من جنس الحلية؛ فإن كان من خلاف جنسها جاز كيفما كان لجواز التفاضل، ولا خصوصية للحلية مع السيف والطوق مع الجارية بل المراد إذا جمع مع الصرف غيره فإن النقد لا يخرج عن كونه صرفاً بانضمام غيره إليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب أو الفضة. وفي المبسوط: وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال الزيادة والأولى بيعه بخلاف جنسه.

قوله: **(ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلا)** أي بطل العقد فيهما لأن حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فإذا لم يقبضها حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه، وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كبيع جذع من سقف، وإن كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم صار كالجارية مع الطوق، وذكر الشارح هنا ما نقلناه عن المبسوط سابقاً ثم قال: قال الراجي عفو ربه: ينبغي

وأما السيف إذا سمي فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن نصل السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع اهـ. ولذا قال الزيلعي: لأنهما شيء واحد. قوله: **(جاز كيفما كان)** أي سواء كان المدفوع مساوياً لقيمة الحلية أو لوزنها أو لا، ولا لجواز التفاضل عند اختلاف الجنس، ومقتضى هذا أنه يصرف المدفوع إلى الحلية فيكون ثمناً لها ويكون باقي الثمن وهو غير المدفوع ثمن النصل. قوله: **(وعلى هذا بيع المزركش والمطرز الخ)** قال الرملي في حاشية المنح قال في مجمع الرواية بعد أن ذكر مسألة حلية السيف ناقلاً عن المحيط: وإن كان مموهاً جاز مطلقاً لأن الفضة بالتمويه صارت مستهلكة لأنها لا تخلص بعد التمويه ولكن بقي لونها ألا ترى لو اشترى داراً مموهاً بالذهب بذهب مؤجل يجوز ولو بقي عين الذهب لوجب أن لا يجوز اهـ. وأقول: المموه المطلي بالذهب أو الفضة، والتمويه الطلي مأخوذ من تمويه الكلام أي تلبيسه. وأقول: يجب تقييد المسألة بما إذا لم تكثر الفضة أو الذهب المموه أما إذا كثر بحيث يحصل منه شيء يدخل في الميزان بالعرض على النار يجب حينئذ اعتباره، ولم أره لأصحابنا لكن رأيته للشافعية وقواعدنا شاهدة به فتأمل والله تعالى أعلم اهـ. قلت: وسيأتي عند قول المتن «وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير» ما هو كالصريح في ذلك فتأمل. وفي كافي الحاكم: وإذا اشترى لجاماً مموهاً بفضة بدراهم أقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لا يخلص ألا ترى أنه إذا اشترى الدار المموهة بالذهب بثمن مؤجل يجوز ذلك وإن كان ما في سقوفها من التمويه

. . . .

أن تكون هذه كالمسألة المتقدمة من أنه يصرف إلى الحلية ومن أنه على التفصيل المتقدم ذكره يعني إن كان الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة وإلا بطل في الكل. وفي المحيط: لو قال هذا من ثمن النصل خاصة فإن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعاً لأنه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحاً للبيع، وإن أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف، فعلى هذا ما ذكر في المبسوط محمول على ما إذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقاً بينه وبين ما ذكر في المحيط اهـ. وفيه نظر لأن ما في المحيط إنما هو فيما إذا صرح بالنصل دون السيف، ولا شك في عدم انصرافه إلى الحلية لأنه صريح كما قدمناه لكن بشرط أن يتخلص بلا ضرر وإلا صرفناها إلى الحلية، وتركنا الصريح تصحيحاً لأنه لولا ذلك بطل في الكل، وما في المبسوط إنما هو فيما إذا قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة فذكر السيف ولم يذكر النصل. والحاصل أنه إن ذكر السيف ولم يقل خاصة صرف إلى الحلية مطلقاً أعني سواء أمكن التمييز بلا ضرر أو لا، وإن زاد خاصة أو لم يذكر السيف وإنما ذكر النصل لا ينصرف إليها ويصرف إلى النصل إن أمكن تخليصه بلا ضرر وإلا صرفناه إلى الحلية. وفي البدائع: إن ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية، وإن ذكر أنه من ثمن النصل فإن أمكن تخليصه بلا ضرر يقع عن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق وإلا فالمنقود ثمن الصرف ويصحان اهـ. وفي المغرب: الحلية الزينة من ذهب أو فضة يقال حلية السيف والسرج وغيره. وفي التنزيل ﴿وتستخرجون حلية تلبسونها﴾ [فاطر: ١٢] أي اللؤلؤ والمرجان اهـ قوله: **(ولو باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والإناء مشترك بينهما)** يعني إذا باعه بفضة أو ذهب لأنه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لأنه طارئ، ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضاً لأن التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد، ولا يثبت للمشتري خيار عيب الشركة لأنها حصلت منه وهو عدم النقد قبل

بالذهب أكثر من الذهب في الثمن. قوله: **(وفيه نظر الخ)** أقول: لا شك أن النصل أخص من السيف لأن السيف يطلق على الحلية لأنه اسم لها وللنصل بخلاف النصل؛ فإذا قال خذ هذا من ثمن النصل خاصة ولا يمكن تمييزه إلا بضرر صح البيع والصرف يجعل النصل عبارة عن السيف، فإذا ذكر السيف بدل النصل يصح البيع والصرف بالأولى، فقول المبسوط «انتقض البيع في الحلية» يتعين حمله على ما إذا أمكن تمييزه بلا ضرر وإلا خالفه ما في المحيط فلا بد من هذا التوفيق لدفع المنافاة بينهما وهو توفيق حسن. نعم قول الزيلعي «وإلا بطل في الكل» لا يناسب هذا التوفيق لما علمته من أنه إذا كانت الحلية لا تتخلص إلا بضرر صح في الكل فكيف يحمل مسألة المبسوط على التفصيل المذكور في المتن؟ ولعل مراده التفصيل بين ما يتميز بضرر أو بدون ضرر من غير نظر إلى

قبض والإناء مشترك بينهما وإن استحق بعض الإناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رد ولو باعه قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكرّ بر وشعير بضعفهما وأحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار ودرهم صحيح

الافتراق بخلاف ما إذا هلك أحد العبدين قبل القبض حيث ثبت الخيار في أخذ الباقي لعدم الصنع منه قوله: **(وإن استحق بعض الإناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رد)** لأن الشركة في الإناء عيب لأن التشقيص يضره وهذا العيب كان موجوداً عند البائع مقارناً له، فإن أجاز المستحق قبل أن يحكم له بالاستحقاق جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري ويسلمه إليه إذا لم يفترقا بعد الإجازة ويصير العاقد وكيلاً للمجيز فتتعلق حقوق العقد بالوكيل دون المجيز حتى لو افترق المتعاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد. وإن فارقه المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيان في المجلس بطل العقد؛ كذا في السراج الوهاج. أطلق الخيار فشمل ما قبل القبض وبعده.

قوله: **(ولو باعه قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار)** لأن الشركة فيها ليست بعيب إذ التشقيص فيها لا يضرها بخلاف الإناء. أطلقه وهو محمول على ما إذا كان بعد قبضها، أما إذا استحق بعض النقرة قبل قبضها فإن له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بخلاف ما بعد القبض لتمامها. وفي المغرب: النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال نقرة فضة على الإضافة للبيان اهـ. وفي النهاية: هي قطعة فضة لا مذابة؛ كذا في ديوان الأدب. وعلى هذا فما وقع في بعض كتب الأوقاف المصرية كالشيخونية والصرغتمشيه من الدراهم النقرة المراد منها الفضة لكن وقع الاشتباه في أنها فضة خالصة أو مغشوشة، وكنت استفتيت بعض المالكية عنها فأفتى بأنه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها يساوي نصفاً وثلاثة فلوس قال: فليعول على ذلك ما لم يوجد خلافه اهـ. وقد اعتير ذلك في زماننا ولكن الأدنى متيقن به وما زاد عليه مشكوك فيه ولكن الأوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما في جامع الفصولين من دعوى النقرة: لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد، فلو ادعت مائة درهم مهر أوجب لها مائة درهم وسط اهـ. فينبغي أن يعول عليه والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما)** أي بأن يبيعهما بكري برّ وكري شعير. وإنما جاز لأنه يجعل كل جنس

حكمه تأمل. قوله: **(فإن أجاز المستحق الخ)** قال الرملي عازياً إلى الغزي: هذا اختيار منه لقول الخصاف فإن البيع ينتقض عنده بمجرد القضاء، وظاهر الرواية بخلافة كما تقدم في الاستحقاق اهـ. قوله: **(وإن فارقه المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيان في المجلس بطل العقد)** صوابه «صح العقد» كما هو مسطور في الجوهرة. قوله: **(وكنت استفتيت بعض المالكية)** قدمنا في المتفرقات

. . . .

مقابلاً بخلاف جنسه تصحيحاً للعقد، ولو صرف إلى جنس مفسد لأن العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير تعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل شائعاً ولا فرداً معيناً فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً للعقد وكانصراف النقد إلى المتعارف، ولا يرد علينا ما لو اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين فإنه لا يصح وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب لأنا لو صرفناه لصار تولية في القلب وهو خلاف المرابحة فكان إبطالاً له. وكذا لا يرد لو اشترى عبداً بألف ثم باعه قبل النقد مع آخر من البائع بألف وخمسمائة فإنه لا يصح في المشتري بألف لأن طريق التصحيح غير متعين لإمكان صرف الألف ومائة إليه أو مائتين إلى غير ذلك من الصورة. وأورد عليه أن الطرق متعددة في مسألة الكتاب لجواز أن يصرف الدينار إلى الدينار والدرهم إلى الدرهم والدينار إلى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمان إلى الدينارين والدينار إلى الدرهم. وأجيب عنه بأنه أقل تغييراً فكان أولى، وكذا لا يرد علينا ما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما فإنه لا يصح للتنكير وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده. وأجيب بأن البيع أضيف إلى منكر فلا ينصرف إلى المعين للتضاد إذا المنكر ليس بمحل للبيع. ورد بأنه يسن بشيء لأن المعرفة مما صدقات النكرة فإن زيداً يصدق عليه رجل ولا شك أنه يحتمله فيجب حمله عليه. وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو حماري حر أنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرف، وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف إلى المعين. وفي فتح القدير: واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة أن لحظ له جواب فذاك وإلا فلا يضرك النقض في إثبات المطلوب إذ غايته أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطوه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع اهـ. وأما مسألة ما إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه فإن العقد انعقد صحيحاً، وإنما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وقد انعقد بلا فساد، وكلامنا ليس في الفساد الطارئ. وفي الظهيرية معزياً إلى المبسوط: باع عشرة وثوباً بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرف الجنس إلى خلاف جنسه لم يبطل ولكن قيل في العقود يحتال للتصحيح في الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة اهـ. وفي الإيضاح: الأصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر، وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة، فإن كان العقد مما لا ربا فيه فإن كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء، وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة. وأما ما فيه الربا فإنما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد

عن النهر أن المراد به علامة عصره ناصر الدين اللقاني رحمه الله تعالى. قوله: **(والصرف لدفع**

ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار

مثاله: باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فإن الخمسة بالخمسة والخمسة الأخرى بالدينار، وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما في مسألة الكتاب اهـ. ونظير المسألة المسألة التي تلي هذه وهي.

قوله: **(وأحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار)** أي صح بيع فتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحاً للعقد على ما بينا، وإنما ذكر هذه بعد التي قبلها وإن كانت قد علمت مما قبلها لبيان أن الصرف إلى خلاف الجنس لا يتفاوت في الجميع أو جزء واحد؛ كذا في السراج الوهاج قوله: **(ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة)** أي يصح بيع الاتحاد في الجنس فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف. والغلة هي الدراهم المقطعة، وقيل ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال أن تكون هي المقطعة. وفي الهداية: ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة، فإن لم تبلغ فمع الكراهة، وإن لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقق الربا إذا الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا اهـ. وصرح في الإيضاح بأن الكراهة قول محمد، وأما أبو حنيفة فقال: لا بأس به. وفي المحيط: إنما كرهه محمد خوفاً من أن يألفه الناس ويستعملوه فيما لا يجوز. وقيل: لأنهما باشرا الحيلة لإسقاط الربا كبيع العينة فإنه مكروه. وفي فتح القدير: اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لأنه إن لم يظهر في التراب شيء فظاهر، وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لأن البدلين هما الفضة لا التراب، ولو اشتراه بتراب ذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس، فلو ظهر أن لا شيء في التراب لا يجوز، وكلما جاز فمشتري التراب بالخيار إذا رأى لأنه اشترى ما لم يره اهـ.

قوله: **(ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة)** أي صح بيع أما إذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلأنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وهو جائز إجماعاً لأن التعيين للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين سقط، وإنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته ولذا لو تصارفا دراهم ديناً بدنانير ديناً صح لفوات الخطر. وأما الثانية وهو ما إذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا إستحسان، والقياس عدم الجواز وهو قول زفر لكونه استبدالاً ببدل الصرف، وجه الاستحسان أنهما لما تقاصا انفسخ الأول وانعقد صرف آخر مضافاً إلى الدين فتثبت الإضافة اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول. وفي فتح القدير: ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق ولا

الفساد) أي صرف الجنس إلى خلاف جنسه. قوله: **(أطلق في العشرة الدين فشمل الخ)** هذا

....

يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة. وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار فسخ العقد الأول بالإضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الإطلاق بخلاف ما إذا باع بألف ثم بألف وخمسمائة فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقاً مع هذه العشرة للصدق لأن الإطلاق ليس قيداً في العقد بها وإلا لم يمكن قضاؤها أصلاً إذ لا وجود للمطلق بقيد الإطلاق وعلى هذا مشوا، وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى عقد آخر اقتضاء اهـ. أطلق في العشرة الدين فشمل ما إذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده. وقيل: لا يجوز التقاص بدين حادث بعده والأول أصح لأن التقاص هو المتضمن لفسخ الأول وإنشاء صرف آخر فيكتفي بالدين عند التقاص بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصاً بدين آخر مطلقاً متقدماً كان أو متأخراً لأن المسلم فيه دين، ولو صحت المقاصة برأس مال السلم لافترقا عن دين بدين ولذا لا يجوز إضافته إلى الدين ابتداء بأن يجعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم بخلاف الصرف. وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج إلى التراضي لأنه قد وجد منه القبض اهـ. وقوله «وتقاصا» راجع إلى الثانية، وأما الأولى فتقع المقاصصة بنفس العقد. والحاصل أن الدين إذا حدث بعد الصرف فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا، وإن حدث بالشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوباً بعشرة إن لم يجعلاه قصاصاً لا يصير قصاصاً باتفاق الروايات، وإن جعلاه قصاصاً ففيه روايتان؛ كذا في الذخيرة. ومن مسائل المقاصات وإن لم تكن من الصرف ما في المنتقى: له وديعة وللمودع على صاحبها دين من جنسها لم تصر قصاصاً بالدين قبل الاتفاق عليه وإذا اجتمعا عليه لا تصير الوديعة قصاصاً ما لم يرجع إلى أهله فيأخذها، وإن كانت في يده فاجتمعا على جعلها قصاصاً لا يحتاج إلى غير ذلك، وحكم المغصوب كالوديعة سواء، والدينان إذا كانا من جنسين لا تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصا، وكذا إذا كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، وكذا إذا كان أحدهما غلة والآخر صحيحاً. كذا في الذخيرة أيضاً من كتاب الصرف. وذكر في كتاب المداينات أن الدينين إذا كانا مؤجلين لا تقع المقاصة حتى يتقاصا، وكذر قبله أن التفاوت في الوصف يمنع المقاصة بنفسه ولا يمنع إذا جعلاه قصاصاً اهـ. وفي الصحاح: تقاص القوم إذا قاص كل واحد منهما صاحبه في حساب أو غيره اهـ. وإذا اختلف الجنس وتقاصا كأن كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه، فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصاً بمائة من قيمة

راجع إلى قوله «أو بعشرة مطلقة» إذ لا يتصور في المقيدة أن يكون الدين حادثاً بعد عقد الصرف.

وتقاصا العشرة بالعشرة وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى يصح بيع الخالصة بهما ولا

الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها؛ كذا في الظهيرية. وفي فروق الكرابيسي من النفقات: وإذا طلبت المرأة النفقة وكان للزوج عليها دين فقال الزوج احسبوا لها نفقتها منه كان جائزاً لأنها من جنس الدراهم والدنانير فتقع المقاصة عند التراضي، فرق بين هذا وبين سائر الديون فإن هناك المقاصة تقع من غير التراضي، وهنا شرط التراضي. والفرق أن دين النفقة أدنى لما ذكرنا فلا تقع المقاصة إلا بالتراضي كما لو كان أحد الدينين جيداً والآخر رديئاً بخلاف سائر الديون لأنها جنس واحد فلا يشترط التراضي اهـ. وتقدم شيء من فوائد التقاص في باب أم الولد فارجع إليه.

قوله: **(وغالب الفضة والذهب فضة وذهب)** يعني فلا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً وزناً ولا يصح الاستقراض بها إلا وزناً لأنهما لا يخلوان عن قليل غش إذ هما لا ينطبعان عادة بدونه، وقد يكون خلقياً فيعسر التمييز فصار كالرديء وهو والجيد سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش معدوماً فلا اعتبار له أصلاً بخلاف ما إذا غلب الغش فإن للمغلوب اعتباراً كما سيأتي اهـ. قوله: **(وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلاً)** أي وزناً وعدداً لأن الحكم للغالب فلا يضر التفاضل لجعل الغش مقابلاً بالفضة أو الذهب الذي في الآخر، ولكن يشترط التقابض قبل الافتراق لأنه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين. ويشترط في الغش أيضاً لأنه لا يتميز إلا بضرر، وكذا إذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالمغشوش بالغالب حتى لا يجوز بيعه بجنسه إلا على سبيل الاعتبار، ولم يعتبر الغش المغلوب بهما فجعل كأنه كله فضة أو ذهب ومنع بيعه متفاضلاً. والفرق أن الفضة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حالاً بالوزن ومآلاً بالإذابة لكونهما يخلصان منه بالإذابة فكانا موجودين حقيقة وحكماً حتى يعتبرا في نصاب الزكاة بخلاف الغش المغلوب لأنه يحترق ويهلك ولا لون حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ويهلك كان حكمه حكم النحاس الخالص فلا

قوله: **(لأنه لا يتميز إلا بضرر)** أي اشتراط قبض الغش ليس لذاته بل لأنه لا يمكن فصله عن الفضة الخالصة التي يشترط قبضها لا يقال إن النحاس الذي هو الغش موزون أيضاً فقد وجد القدر فيشترط فيه التقابض لذاته لا لضرر تخلصه لأنا نقول: وزن الدراهم غير وزن النحاس ونحوه فلم يجمعهما قدر وإلا لزم أن لا يجوز بيع القطن والزيت ونحوه مما يوزن إلا إذا كان الثمن من الدراهم مقبوضاً في المجلس ولم يصح فيها السلم. قوله: **(والفرق أن الفضة أو الذهب الخ)** قال الرملي:

بيع بعضها ببعض إلا متساوياً وزناً ولا يصح الاستقراض بهما إلاَّ وزناً وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلاً والتبايع والاستقراض بما يروج عدداً أو وزناً أو بهما ولا يتعين بالتعيين لكونها أثمانا وتتعين بالتعين إن كانت لا تروج والمتساوي

يعتبران أصلاً، ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً إن كان موزوناً للربا. وفي الهداية: ومشايخنا - يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند - لم يفتوا بجواز ذلك أي ببيعها بجنسها متفاضلاً في العدالي والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لأنها أعز الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح فإن الناس حينئذ يعتادون في الأموال النفيسة فيتدرجون ذلك في النقود الخالصة. والغطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف - بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدها الياء وآخرها الفاء - ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، وقيل هو خال الرشيد. والعَدالي بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة وهي الدراهم المنسوبة إلى العدال وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش؛ كذا في البناية. والغش بمعنى المغشوش وهو غير الخالص؛ كذا في القاموس قوله: **(والتبايع والاستقراض بما يروج عدداً أو وزناً أو بهما)** لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة لأنها صارت بغلبة الغش كالفلوس فيعتبر فيها العادة كالفلوس فإن كانت تروج بالوزن فبه وبالعد فبه وبهما فبكل منهما قوله: **(ولا يتعين بالتعيين لكونها أثماناً)** يعني ما دامت تروج لأنها بالاصطلاح صارت أثماناً فما دام ذلك الاصطلاح موجوداً لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى.

قوله: **(وتتعين بالتعين إن كانت لا تروج)** لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح، وهذا لأنها في الأصل سلعة وإنما صارت أثماناً بالاصطلاح فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها، وإن كان يأخذها البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها إن كان البائع يعلم بحالها، وإن كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها في الأول وعدمه في الثاني. وأشار بالتعيين عند عدم رواجها وبعدمه عند رواجها إلى أنها إذا هلكت قبل القبض لا يبطل العقد إن كانت رائجة، ويبطل إن لم تكن. وأطلق في تعيينها وهو مقيد بما إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن

عبارة الزيلعي: والفرق بينهما أن الفضة المغلوبة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة من حيث اللون ومآلاً بالإذابة، فإن الفضة أو الذهب يخلصان منه بالإذابة فكانا موجودين حقيقة وحكماً حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في الزكاة أيضاً بخلاف الغش المغلوب بهما لأنه يحترق ويهلك ولا لون له في الحال أيضاً الخ. وهو أفهم للمقصود مما هنا. قول المصنف: **(ولو اشترى بها أو بفلوس نافقة شيئاً وكسد بطل البيع)** أي انفسخ إن فسخه من له الدراهم لا مطلقاً كما ينبه عليه بعد نحو ورقة وتأمله مع التعليل لمذهب الإمام الآتي اهـ. قلت: وفي غاية البيان وقال بعض مشايخنا:

كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش ولو اشترى بها أو بفلوس نافقة شيئاً وكسدت بطل البيع وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم تتعين وبالكاسدة لا حتى

الآخر يعلم، فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج، وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في المرابحة، لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذين يقبلونها. وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج، فإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع؛ كذا في فتح القدير قوله: **(والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش)** يعني فلا يجوز البيع بها ولا إقراضها إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لأن الفضة موجودة فيها حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بالوزن شرعاً. وإذا أشار إليها في المبايعة كان بياناً لقدرها ووصفها، ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطيه مثلها لكونها ثمناً لم تتعين، وأما في الصرف فيجب بيعها بجنسها على وجه الاعتبار. ولو باعها بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص أكثر مما فيه الفضة لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما. وفي الخانية: إن كان نصفها صفراً ونصفها فضة لا يجوز التفاضل. فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها وهو مخالف لما ذكر هنا، ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة في حق الصرف احتياطاً قوله: **(ولو اشترى بها أو بفلوس نافقة شيئاً وكسدت بطل البيع)** أي اشترى بالدراهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل منهما نافقاً حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية، ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقها بالثمن ولم يسلمها المشتري إلى البائع ثم كسدت بطل البيع. والانقطاع عن أيدي الناس كالكساد وحكم الدراهم كذلك، فإن اشترى بالدراهم ثم كسدت أو انقطعت بطل البيع، ويجب على المشتري رد المبيع إن كان قائماً، ومثله إن كان هالكاً وكان مثلياً وإلا فقيمته، وإن لم يكن مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً، وهذا عند الإمام. وقالا: لا يبطل البيع لأنه المتعذر إنما هو التسليم بعد الكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج كما لو اشترى شيئاً بالرطب ثم انقطع وإذا لم يبطل وتعذر تسليمه وجبت قيمته لكن عند أبي يوسف يوم البيع، وعند محمد يوم الكساد وهو آخر ما يتعامل الناس بها. وفي الذخيرة: الفتوى على قول أبو يوسف. وفي

إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسخاً لأن كسادها بمنزلة عيب فيها والأول أظهر قوله: **(والانقطاع عن أيدي الناس كالكساد)** قال الرملي: الحق هذا الشارح الانقطاع بالكساد تبعاً للزيلعي. وفي المضمرات قال: فإن انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته في آخر يوم انقطع هو المختار.

. . . .

المحيط والتتمة والحقائق: بقول محمد يفتي رفقاً بالناس. ولأبي حنيفة أن الثمنية بالاصطلاح فتبطل لزوال الموجب فيبقى البيع بلا ثمن، والعقد إنما تناول عينها بصفة الثمنية وقد انعدمت بخلاف انقطاع الرطب فإنه يعود غالباً في العام القابل بخلاف النحاس فإنه بالكساد رجع إلى أصله فكان الغالب عدم العود. والكساد لغة كما في المصباح من كسد الشيء يكسد من باب فتل لم ينفق لقلة الرغبات فهو كاسد، وكسد يتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله وكسدت السوق فهي كاسد بغير هاء في الصحاح، وبالهاء في التهذيب، ويقال أصل الكساد الفساد اهـ. وفقهاً أن يترك المعاملة بها في جميع البلاد وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه تعيب إذا لم ترج في بلدهم فتخير البائع إذا شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته. وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق وإن كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت؛ هكذا في الرواية.

وفي فتح القدير: ما ذكر للكساد ذكره في العيون وقالوا: إنه على قول محمد. وأما على قولهما فلا. وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين؛ عندهما يجوز اعتباراً لاصطلاح بعض الناس، وعند محمد لا يجوز اعتباراً لاصطلاح الكل، فالكاسد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً، ومثله في الانقطاع والفلوس النافقة إذا كسدت كذلك اهـ. قيد بالكساد ومثله الانقطاع لأنها لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يتخير البائع، وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بألف بذلك المعيار الذي كان وقت البيع؛ كذا في فتح القدير. وفي المصباح نفقت الدراهم نفقاً من باب تعب نقدت، ويتعدى بالهمزة فيقال أنفقتها. قيدنا بكونها لم تقبض لأن البائع لو قبضها ثم كسدت فلا شيء له. وفي الخلاصة عن المحيط: دلال باع متاع الغير بإذنه بدراهم معلومة واستوفاها

وفي الذخيرة: الانقطاع كالكساد وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق وإن كان يوجد في يد الصيارفة فليس بمنقطع والأول أصح اهـ. ذكره الغزي اهـ. قوله: **(وحكم الدراهم كذلك)** قال الرملي: يريد به الدراهم التي لم يغلب عليها الغش كما هو ظاهر فعلى هذا لا يختص هذا الحكم بغالب الغش ولا بالفلوس، فالتنصيص عليهما دون الدراهم الجيدة لغلبة الكساد فيهما دونها تأمل. قوله: **(وقالوا أنه على قول محمد الخ)** قال في النهر: واعترضهم في الحواشي السعدية بأن محمداً لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل. أقول: وكذا أبو يوسف لا يقول به أيضاً كما قد علمت فكيف يكتفي للفساد بالكساد في تلك البلدة على قوله. ثم رأيت بعد التأمل أن مما يجب المصير إليه في الجواب أن ما في العيون مبني على ما جرى عليه في المبسوط والأسرار وشرح الطحاوي من أن الفساد بالكساد في الفلوس قول الكل وأن الخلاف الأول مقصور على الدراهم المغشوشة، وسوى القدوري بين الكل وهو الوجه إذ لا فرق يظهر، ولم أر من أفصح

يعينها ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها ولو اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس صح

فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لا يفسد البيع لأن حق القبض له اهـ. وفي البزازية معزياً إلى المنتقى: غلت الفلوس القرض أو رخصت فعند الإمام الأول والثاني أولاً ليس عليه غيرها. وقال الثاني ثانياً عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى، وهكذا في الذخيرة والخلاصة بالعز وإلى المنتقى. وفي فتاوى قاضيخان: يلزمه المثل. وهكذا ذكر الأسبيجابي قال: ولا ينظر إلى القيمة ولكن صورها بما إذا باع مائة فلس بدرهم، وقولهم عن المنتقى يلزمه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض لعله بالتوزيع فقوله «يوم البيع» عائد إلى البيع. وقوله «يوم القبض» عائد إلى القرض. وفي البزازية: والإجارة كالبيع والدين على هذا، وفي النكاح يلزمه قيمة تلك الدراهم، وإن كان نقد بعض الثمن دون بعض فسد في الباقي قوله: **(وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم تتعين)** لأنها أموال معلومة وصارت أثماناً بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالنقدين ولا تتعين وإن عينها كالنقد إلا إذا قالا أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما إذا باع فلساً بفلسين بأعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لأنه لو لم يتعين لفسد البيع. وهذا على قولهما، وأما على قول محمد لا يتعين وإن صرحا، وأصله أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده، وعندهما يبطل في حقهما كما قدمناه قوله: **(وبالكاسدة لا حتى يعينها)** لأنها سلع فلا بد من تعينها قوله: **(ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها)** أي عدداً عند أبي حنيفة. وقالا: عليه رد قيمتها لتعذر ردها كما قبضها لأن المقبوض ثمن والمردود لا ففاتت المماثلة فصار كما لو استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف عليه القيمة يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد، وقول محمد أنظر في حق المستقرض لأن قيمته يوم الانقطاع أقل. وكذا في حق المقرض بالنظر إلى قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف أيسر لأن قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف إلا بحرج. ولأبي حنيفة أن القرض إعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه. والاختلاف مبني على الاختلاف فيمن غصب مثلياً كالرطب ثم انقطع عن أيدي الناس وجبت قيمته إجماعاً لكن عند أبي حنيفة يوم الخصومة، وعند أبي يوسف يوم الغصب، وعند محمد يوم الانقطاع. وفي الخانية والفتاوى الصغرى والبزازية: الفتوى على قول محمد رفقاً بالناس. وفي المصباح: الفلس الذي يتعامل به وجمعه في القلة أفلس وفي الكثرة فلوس. وفي فتح القدير: وأما إذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف: في قياس قول أبي حنيفة عليه مثلها ولست أروي ذلك عنه ولكن لروايته

عن هذا والله تعالى الموفق. قوله: **(وفي البزازية والإجارة كالبيع والدين على هذا الخ)** يوهم أنه من تعلقات الغلاء والرخص وليس كذلك لأن البزازي إنما أورد ذلك في المنقطع المساوي حكمه للكساد؛ كذا نبه عليه شيخنا أبو السعود. قوله: **(وفي فتح القدير وأما إذا استقرض دراهم غالبة**

ومن أعطى صيرفياً درهماً وقال اعطني به نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة صح.

في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت. وفي البزازية: وكذا الخلاف إن أقرضه طعاماً بالعراق وأخذه بمكة، فعند الثاني عليه قيمته يوم قبضه بالعراق، وعند محمد قيمته بالعراق يوم اختصما، وكذا الخلاف في الفلوس المغصوبة إذا كسدت حال قيام العين، وكذا العدالي. ثم قال: ولو اشترى بالنقد الرائج وتقابضا ثم تقايلا بعد كساده رد البائع المثل لا القيمة عند الإمام، ولو اشترى بالنقد الكاسد بلا إشارة وتعيين فالعقد فاسد كالكاسد الطارئ وقالوا: لو كان مكانه نكاح وجب مهر المثل وفيه نظر، ويجب أن يقال لو قيمة الكاسد عشرة أو أكثر فهي لها، وإن أقل فتمام العشرة، وإن طرأ الكساد العام في كل الأقطار ثم راجت قبل فسخ البيع يعود البيع جائزاً لعدم انفساخ العقد بلا فسخ اهـ. فعلى هذا قول المصنف سابقاً بطل البيع أي انفسخ أن فسخه من له الدراهم لا مطلقاً اهـ.

قوله: **(ولو اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس صح)** وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو بربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس لأن التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل معلوم بين الناس لا تفاوت فيه فلا يؤدي إلى النزاع. قيد بما دون الدرهم لأنه لو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد، أو بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف، وجوزه أبو يوسف في الكل للعرف وهو الأصح؛ كذا في الكافي والمجتبى. والدانق سدس درهم والقيراط نصف السدس قوله: **(ومن أعطى صيرفيا درهماً فقال أعطني به نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة صح)** لأن قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم إلا حبة من الفضة فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس. قيد بقوله «به» لأنه لو قال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة بطل في الكل على قياس قوله، وعندهما صح في الفلوس وبطل فيما قابل الفضة لأن الفساد هما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد، وعنده يتعدى، وأصله أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالإجماع فهنا صور: الأولى مسألة الكتاب أعطني به نصف درهم فلوس ونصفاً إلا حبة صح اتفاقاً. الثانية أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً

الغش الخ) اعلم أن تقييد الاختلاف في رد المثل أو القيمة بالكساد يشير إلى أنها إذا غلت أو رخصت وجب رد المثل بالاتفاق، وقد مر نظيره فيما إذا اشترى بغالب الغش أو بفلوس نافقة. واعلم أنه استفيد من كلامه أن تقييد الكاسد بأفلس القرض ليس احترازياً بدليل أنه حكى الخلاف في رد المثل أو القيمة فيما إذا كان القرض الذي كسد مما غلب غشه. وانظر حكم ما إذا اقترض من فضة خالصة أو غالبة أو مساوية للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف أو يجب رد المثل بالاتفاق. أبو السعود. قوله: **(حتى لو قال اعطني بنصفه فلوساً الخ)** قال في الشرنبلالية: لكن قالوا فيه إشكال

. . . .

إلا حبة فسد في الكل عنده، وفي الفضة فقط عندهما. الثالثة أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبة جاز في الفلوس فقط. ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق للعلم به مما قدمه، وحاصله إن تفرقا قبل القبض فسد في النصف إلا حبة لكونه صرفاً لا في الفلوس لأنها بيع فيكفي قبض أحد البدلين، ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل في الكل للافتراق عن دين بدين، وقدمنا شيئاً من أحكام الفلوس في باب الربا وفي هذا الباب. وإلى هنا ظهر إن الأموال ثلاثة: ثمن بكل حال وهو النقدان، صحبه الباء أولاً، قوبل بجنسه أو لا، ومبيع بكل حال كالثياب والدواب، وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات غير النقدين من المكيل والموزون، فإن كان معيناً في العقد كان مبيعاً وإلا وصحبه الباء وقوبل بمبيع فهو ثمن وثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الأصل كالفلوس، فإن كانت رائجة فهي ثمن وإلا فسلعة. ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل بهلاكه، ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم وحكم المبيع خلافه في الكل. ومن حكمها وجوب التساوي عند المقابلة بالجنس في المقدرات إلى آخر ما قدمناه في باب الربا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

لأن قوله اعطني مساومة كلفظ بعني وبالمساومة لا ينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره، ولعل الوجه أن يقال تكرار اعطني يدل على أن مقصوده تفريق العقد فحمل على أنهما عقدا عقدين؛ كذا في شرح المجمع.

كتاب الكفالة

هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وتصح بالنفس وإن تعددت بكفلت بنفسه وبما عبر به

كتاب الكفالة

ذكرها عقب البيوع لأنها غالباً تكون بالثمن أو بالمبيع، ومناسبتها للصرف لأنها تكون آخراً عند الرجوع معاوضة عما يثبت في الذمة من الأثمان، وقدمه عليها لأنه من البيوع والكلام فيها في عشرة مواضع: الأول في معناها لغة قال في المصباح: كفلت بالمال وبالنفس كفلاً من باب قتل وكفولاً أيضاً والاسم الكفالة، وحكى أبو زيد سماعاً من العرب من بابي تعب وقرب، وحكى ابن القطاع كفلت وكفلت به وعنه إذا تحملت به، ويتعدى إلى مفعول ثانٍ بالتضعيف والهمزة فيحذف الحرف فيهما وقد يثبت مع المثقل. قال ابن الانباري: تكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي. وقال أبو زيد: تحملت به. وقال في المجمع، كفلت به كفلة وكفلت عنه بالمال لغريمه حقوق بينهما، وكفلت الرجل والصغير من باب قتل كفالة أيضاً علته وقت به، ويتعدى بالتضعيف إلى مفعول ثانٍ يقال كفلت زيداً الصغير. والفاعل عن كفالة المال كفيل به للرجل والمرأة. وقال ابن الأعرابي: وكافل أيضاً مثل ضمين وضامن. وفرق الليث بينهما فقال: الكفيل الضامن والكافل هو الذي يعول إنساناً وينفق عليه. والكفل وزان حمل الضعف من الأجر أو الإثم والكَفَل بفتحتين العجز اهـ. وفي المغرب: الكفيل الضامن وتركيبه دال على الضم والتضمن والكفالة ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة اهـ. الثاني في معناها شرعاً قد اختلف فيه وقد أشار إلى الأصح بقوله: **(هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة)** الضم الجمع ومن الفقهاء من جعل الضمان مشتقاً من الضم وهو غلط من جهة الاشتقاق لأن نون الضمان أصلية والضم لا نون فيه فهما مادتان مختلفتان؛ كذا في المصباح. والذمة العهد والأمان والضمان، وقولهم في ذمتي كذا أي في ضماني، والجمع ذمم مثل سدرة وسدر؛ كذا في المصباح. وقال الأصوليون: إن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب

كتاب الكفالة

قوله: **(ثم رأيت صاحب البدائع الخ)** قال الغزي قلت: ورأيت بخط قديم على حاشية شرح

. . . .

له وعليه. وفي التحرير: والذمة وصف شرعي به الأهلية لوجوب ماله وعليه. وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد، والمراد أنها العهد فقولهم في ذمته أي في نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل اهـ. والمطالبة من طالبته مطالبة وطلاباً من باب قاتل؛ كذا في المصباح. وحاصله أن الكفيل والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له، سواء كان المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال أو لا كما في الكفالة بالنفس فإن المطلوب من الأصيل المال ومن الكفيل إحضار النفس، ولفظ المطالبة بإطلاقه ينتظمهما، هذا على رأي بعضهم، وجزم مسكين بأن المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فإن المطلوب عليه تسليم نفسه والكفيل قد التزمه. وقيد بالمطالبة لدفع قول من قال إنها الضم في الدين فيثبت الدين في ذمة الكفيل من غير سقوط عن الأصيل. ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يظن مانعاً من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين على هذا القول دفعه في المبسوط بأنه لا مانع لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن كلاً ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره، ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح.

والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين إنما يمتنع في عين تثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين، ولكن المختار ما ذكره المصنف أنه في مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره في ذمتين وإن أمكن شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم، ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل؛ كذا في فتح القدير. وكذا الوصي والولي والناظر يطالبون بما لزم دفعه ولا شيء في ذمتهم، وكذا كل أمين يطالب برد الأمانة ولا شيء في ذمته، وكذا سيد العبد المأذون المديون مطالب ببيعه أو فدائه ولا دين عليه. وأما الجواب عن الهبة والإبراء فإنا جعلناه في حكم دينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عنده، أما قبله فلا ضرورة ولا داعي إلى ذلك.

المجمع لابن ملك ما صورته: وفائدة كون الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة لا في الدين على القول الأصح أنه إذا مات الكفيل بعد تعذر الاستيفاء من الأصيل يأخذ المطالب الدين من تركة الكفيل على قول بعض المشايخ لأنه مديون على قولهم، ولا يأخذ على الأصح لأن حق الطالب على الكفيل في المطالبة فحسب، وكذا إذا أبرأ الطالب الأصيل برئ الكفيل من غير عكس. هذا على القول الصحيح، وأما على قول بعض المشايخ فلا يبرأ كل واحد من الكفيل والأصيل بإبراء الطالب

. . . .

وفي فتح القدير: ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن يكون في ذمة الكفيل أيضاً كما هو في ذمة الأصيل إذ فعل الأداء واجب عليه اهـ. وقد يقال إنما وجب عليه لإسقاط المطالبة عنه وأبو حنيفة إنما جعله فعلاً لسقوطه عن الميت إذ لا يتأتى الفعل منه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس، وليس مراده أن حقيقته الفعل لأنه وصف قائم بالذمة، وإنما مراده أن المقصود منه الفعل كما لا يخفى. وقد صرحوا في مواضع بأنه وصف ولذا قالوا: الديون تقضى بأمثالها لأن ما في الذمة لا يمكن تسليمه. وفي الإيضاح أخذاً من الغاية أن تعريفها بالضم في الدين لا ينتظم الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة بالفعل اهـ. قلت: نعم لا يشمل لكن المعرف لها بذلك إنما أراد تعريف الكفالة بالمال فإن أصل الخلاف نشأ من أن الكفيل هل يثبت في ذمته المال أو لا. ثم رأيت صاحب البدائع أشار إلى ذلك في بيان حكمها ولم يذكر الشارحون لهذا الاختلاف ثمرة فإن الاتفاق على أن الدين لا يستوفي إلا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وأن هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الأصيل ولو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح. ويمكن أن يقال: إنها تظهر فيما إذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فعلى الأصح لا يحنث، وعلى الضعيف يحنث، وجهد المقل دموعه وسيأتي عند قوله «وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ما يقتضي أن يكون ثمرة». وفي الخانية: رجل ادعى على غيره أنه ضمن له عن فلان الغائب كذا كذا درهماً قال الشيخ الإمام: يحلفه بالله ما له عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي. وعن أبي يوسف إن عرض المدعى عليه للقاضي فإنه يحلفه بالله ما له عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي، وإن لم يعرض حلفه بالله ما ضمن. والتعريض أن يقول المدعى عليه أن الرجل قد يضمن مالاً ثم يؤدي أو يبرئه الطالب أو يؤديه المضمون عنه فيبرأ الضامن اهـ. وينبغي أن يكون قول الشيخ الإمام مفرعاً على أنها للضم في الدين، وما عن أبي يوسف مفرع على الأصح كما لا يخفى. ومما يضعف أنها الضم في الدين أن المديون لو دفع الدين ثم كفل به إنسان قالوا: لا يصح مع قولهم ببقاء الدين بعد الدفع وأن الساقط المطالبة بالألفاظ

عن أحدهما بل له الأخذ من الكفيل إذا أبرأ الأصيل، وكذا عكسه لأن كل واحد مديون ومطالب اهـ بلفظه. لكنه لم يعزه إلى كتاب فليحرر من الكتب المعتمدة والله تعالى أعلم اهـ؛ كذا في حاشية الرملي. أقول: وجهه ظاهر وسيأتي متناً أنه لو أبرئ الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه ولا ينعكس مع أن المصنف مشى على القول بأنها الضم في المطالبة، وسيأتي هناك عن الغزي أيضاً أن الذي في الكتب المعتمدة أن المال يحل بموت الكفيل وأنه يؤخذ من تركته.

قوله: **(وينبغي أن يكون قول الشيخ الإمام الخ)** قال في النهر: هذا وهم منشؤه توهم أن قوله ماله عليك هذا المال يفيد ما ادعاه وليس كذلك إذ معناه ماله عليك المطالبة به، وكيف يصح ما ادعاه

. . . .

الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس. الثالث في بيان ركنها قالوا: هو الإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية.

ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنها فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس. واختلف على قوله فقيل يتوقف على إجازة الطالب، وقيل تنفذ وللطالب الرد. وثمرة الخلاف فيما إذا مات المكفول له قبل القبول، فمن قال بالتوقف قال لا يؤاخذ الكفيل. الرابع في شرائطها وهي أربعة. أنواع في الكفيل والأصيل والطالب والمكفول به. ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ، أما شرائط الكفيل فالعقل والبلوغ وهما شرطان للانعقاد فلا ينعقد كفالة مجنون وصبي إلا إذا استدان الولي ديناً في نفقة اليتيم وأمره بأن يضمن المال عنه فإنه صحيح، ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يجز لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً لم يكن متبرعاً. فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعاً به فلم يجز، والحرية شرط نفاذها

أن يكون ما عن الثاني مفرعاً على الأصح وهو يوافقه فيما إذا عرض المدعى عليه فتارة يفرع على الأول وتارة على الثاني ما هذا التواني. قوله: **(الثالث في بيان ركنها قالوا هو الإيجاب والقبول)** قال الرملي: أقول: أي عندهما وهو قول أبي يوسف أولاً حتى إنها لا تتم بالكفيل وحده ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد أو خطاب المكفول له أو خطاب أجنبي عنه بأن قال الطالب أكفل بنفس فلان لي فقال كفلت أو قال رجل أجنبي لغيره اكفل بنفس فلان أو قال عن فلان لفلان فيقول ذلك الغير كفلت تصح الكفالة، وتقف على ما وراء المجلس على إجازة المكفول له وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفالته، أما إذا لم يوجد شيء من ذلك فقال الكفيل كفلت بنفس فلان لفلان أو بما لفلان على فلان من الدين فإنها لا تقف على ما وراء المجلس حتى لو بلغ الطالب فقبل لم تصح؛ تتارخانية. وفي جامع الفصولين: الكفالة للصبي لم تجز. قيل له: هو حجر على المضار لا المنافع بدليل قبول الهدية والصدقة وفي هذا منفعة فتجوز. قال: الهبة والصدقة تصح بالفعل وفعله معتبر وأما هنا فلا بد من قول وقوله لم يعتبر؛ كذا ذكره في الكفالة. وذكر في الأحكام لو كان الصبي تاجراً صحت الكفالة ولو خاطب عنه أجنبي وقبل عنه توقفت على إجازة وكيله، فإن لم يخاطب أجنبي ولا وليه وإنما خاطب الصبي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا تصح، وعند أبي يوسف تصح اهـ. والولي الأب أو الجد عند عدمه أو الوصي من أحدهما أو القاضي لولا أب ولا جد ولا وصي منهما. قوله: **(وثمرة الخلاف الخ)** قال الرملي: يفهم منه أنه لا يشترط على قوله في المجلس بل يصح قبل موته، ويفهم منه أيضاً صحته على قوله ولو بعد موت الكفيل والمكفول عنه تأمل. قوله: **(إلا إذا استدان الولي ديناً الخ)** قال في النهر: ثم رأيته في المحيط عز المسألة إلى المبسوط ولفظه في كفالة الصبي: وإذا استدان له أبوه أو وصيه وأمر أن يكفل عنه في الدين وبنفسه جازت الكفالة بالدين دون النفس لأن الأب أو الوصي متى استدان على الصبي للنفقة

....

فلم ينفذ كفالة العبد ولو مأذوناً له في التجارة ويؤاخذ بها بعد العتق بخلاف الصبي لا يؤاخذ بها بعد البلوغ لعدم انعقادها، فإن أذن المولى لعبده فيها فإن كان مديوناً لم يجز وإلا جازت وبيع فيها إلا إن فداه. ولم تجز كفالة المكاتب عن أجنبي ولو أذن مولاه ويطالب بها بعد عتقه، وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما، ولا يشترط أن يكون الكفيل صحيحاً فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لأنها تبرع. وأما شرائط الأصيل فالأول أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس. الثاني أن يكون معلوماً فلو كفل بما على واحد لم تصح ولا يشترط أن يكون حراً بالغً عاقلاً. وأما شرائط المكفول له فالأول أن يكون معلوماً. الثاني وجوده في مجلس العقد وهو شرط الانعقاد وقد تقدم في بيان الركن، وتفرع على اشتراط قبوله أنه لا بد من عقله لا حريته. وأما شرائط المكفول به فالأول أن يكون مضموناً على الأصيل ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة لنفسها. الثاني أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تجوز بالحدود والقصاص. الثالث أن يكون الدين لازماً وهو خاص بالكفالة فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة. ولا يشترط أن يكون معلوم القدر؛ الكل من البدائع مختصراً. الخامس في سببها قالوا: سبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه إما تقرباً إلى الله تعالى أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه، وسبب شرعيتها رفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه. السادس في حكمها ففي البدائع لها حكمان: أحدهما ثبوت

كان لهما الرجوع بذلك في مال الصبي فكان أداء الدين على الصبي إلا أن الوصي ينوب عنه في الأداء فإذا أمر بالضمان فقد أذن له بالأداء وهو يملك الأداء بإذنه فيجب عليه الأداء فلم يكن هذا الضمان تبرعاً اهـ. وهو صريح في أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لكان الطلب إنما هو على الولي، وبهذا التقرير بطل قول عصري هذا الاستثناء مستدرك بل لا تصح كفالة الصبي مطلقاً فتدبره اهـ. قلت: ومثل ما نقله عن المحيط مذكور في الولوالجية. قوله: **(وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاها)** قال في النهر: وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا كانت بأمره، ثم رأيته كذلك في عقد الفرائد معزياً إلى المبسوط حيث قال: وكفالة العبد التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير إذنه باطل. قوله: **(الثاني أن يكون معلوماً)** قال الرملي: وأما المكفول عنه فسيأتي قريباً في الحاشية نقلاً عن التتارخانية أنهما لو شهدا أنه كفل لهذا الرجل بنفس رجل نعرفه بوجهه ولكن لا نعرفه باسمه فهو جائز، وإن قال اكفل بنفس رجل لا نعرفه لا بوجهه ولا باسمه فالشهادة جائزة، وأن هذه المسألة دليل على أنه لا تشترط تسمية المكفول عنه وذكر نسبة تأمل. قوله: **(فالأول أن يكون مضموناً على الأصيل)** قال الرملي: يعلم بذلك جواب واقعة الفتوى وهي الكفالة بالمسلم فيه في السلم الفاسد وهو عدم صحتها لأن المكفول به غير مضمون على الأصيل، وسيأتي أن الكفالة بالمال شرطها أن يكون الدين صحيحاً وسيأتي في شرح قوله «وصح لو ثمناً» أنه لو كفل بالثمن ثم ظهر

....

مطالبة الكفيل بما على الأصيل فإن كان عليه دين طولب بكله الكفيل أن كان واحداً، وإن كانا اثنين طولب كل واحد بنصفه، وفي الكفالة بالنفس يطالب بإحضاره إن أمكن كما سيأتي. والكفيل بالعين يطالب بتسليمها حال قيامها وببدلها حال هلاكها وبالتسليم يطالب لها وبالفعل جميعاً، وقدمنا أنه اشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف. السابع في صفتها فهي عقد جائز به لازم، وسيأتي أن له الرجوع عنها في مسألة بايع فلاناً فما بايعته فهو علي. الثامن في محاسنها ومساويها، فمحاسنها جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه فقد كفاهما مؤنة ما أهمهما وهو نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت من الأفعال العالية حتى امتن الله بها حيث قال ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧] في قراءة التشديد المتضمن للامتنان على مريم إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها. ومساويها كما في المجتبى قال: الامتناع على التكفل أقرب إلى الاحتياط لأنه مكتوب في التوراة «والزعامة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة» اهـ. التاسع في أنواعها سيأتي أنها نوعان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال. العاشر في دليلها قوله تعالى ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنابة زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] وقوله ﷺ «الزعيم غارم»[1] رواه أبو داود والترمذي. وفي الدر المنثور: الزعيم الكفيل وغارم من الغرم وهو أداء شيء لازم اهـ. ويحتاج إلى معرفة أسامي أربعة: المكفول عنه وهو المديون، والمكفول له وهو الدائن، والكفيل وهو الملتزم، والمكفول به وهو الدين. ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه؛ كذا في التتارخانية.

قوله: **(وتصح بالنفس وإن تعددت)** أي الكفالة بأن أخذ منه كفيلاً ثم كفيلاً ثم آخر وجاز رجوع الضمير إلى النفس بأن كفل واحد نفوساً كما يجوز بالديون الكثيرة لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم» من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس. ولا يقال لا غرم في كفالة النفس لأنا نقول: الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى ﴿أن عذابها

فساد البيع يرجع الكفيل بما دفعه وكيف صح به وهو لا يطالب به الأصيل فأنى يطالب به الكفيل؟ تأمل. قوله: **(فلا تجوز ببدل الكتابة)** قال في النهر: وينبغي أن يكون من ذلك الكفالة بنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو المضي لما قدمناه من أنها لا تصير ديناً إلا بها وبدل الكتابة دين إلا أنه ضعيف، ولا تصح الكفالة به فما ليس ديناً أولى وقد أفتيت به. قوله: **(والكفيل وهو الملتزم)** قال الرملي: ويسمى الملتزم لذلك ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وكافلاً وكفيلاً وصبيراً وقبيلاً. قال الماوردي: غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام،

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٨٨. الترمذي في كتاب البيوع باب ٣٩. ابن ماجه في كتاب الصدقات باب ٩. أحمد في مسنده (٥/ ٢٦٧، ٢٩٣).

. . . .

كان غراماً﴾ [الفرقان: ٦٥] ويمكنه العمل بموجبها بأن يخلي بينه وبين المكفول أو يرافقه إذا دعاه أو يكره بالحضور إلى مجلس القاضي وإن لم يقدر استعان بأعوان القاضي، ولأنه التزم ما هو واجب على الأصيل وهو حضوره إلى مجلس القاضي، وسيأتي حكم ما إذا تعدد الكفيل فسلم البعض هل يبرأ الباقي. فإن قلت: هل يجبر أحد على إعطاء الكفيل بالنفس؟ قلت: يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل بمجرد الدعوى، سواء كان المدعى عليه معروفاً أو لا في ظاهر الرواية إلا إذا كان غريباً، وسيأتي في كتاب الدعوى. وفي القنية: ليس للمدعي ولا للقاضي طلب الكفيل بقوله لي عليه دعوى قبل بيان الدعوى وإذا طلب القاضي منه كفيلاً وامتنع لا يحبسه القاضي وإنما يأمره بالملازمة؛ كذا في البزازية. وفي البزازية: وفي الدين المؤجل إذا قرب الحول وأراد المديون السفر لا يجب إعطاء الكفيل. وفي الصغرى: ليس له مطالبة الكفيل ولم يقيد بالمؤجل. وقال الثاني: لو قيل له طلب الكفيل قياساً على نفقة شهر لا يبعد. وفي المنتقى: قال رب الدين مديوني يريد السفر له التكفيل وإن كان الدين مؤجلاً. وفي الظهيرية: قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلاً لا يجيبها الحاكم إلى ذلك لأنها لم تجب بعد. واستحسن الإمام الثاني أخذ الكفيل رفقاً بها وعليه الفتوى، ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه. وفي المحيط: لو أفتى يقول الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسناً رفقاً بالناس. وفي شرح المنظومة لابن الشحنة: وهذا ترجيح من صاحب المحيط اهـ. وفي القنية: إن عرف المديون بالمطل والتسويف يأخذ الكفيل وإلا فلا، وجاز أن يكون المراد من تعددها أن يكون للكفيل كفيل ولذا قال في الخانية: الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلاً بنفسه فمات الأصيل برئ الكفيلان، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني اهـ. وأشار بجواز تعددها إلى أن المكفول له إذا أخذ من الأصيل كفيلاً آخر بعد الأول لم يبرأ الأول؛ كذا في الخانية فلقوله «وإن تعددت» ثلاثة أوجه قوله: **(بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجزء شائع)** أي تصح الكفالة بالنفس بقوله كفلت بنفس فلان أو برأسه أو وجهه

والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع، وكالضمين فيما قاله الضامن وكالكفيل الكافل وكالصبير القبيل. قال أبو حيان في صحيحه: والزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل مصر، والكفيل لغة أهل العراق؛ كذا في شرح الروض لشيخ الإسلام زكريا. قوله: **(ولا يقال مكفول عنه)** قال الرملي: قد وجدنا بعضهم يقوله وسيأتي قريباً فيما كتبناه في الحاشية نقلاً عن التتارخانية بعزوه للذخيرة. قول المصنف: **(بكفلت بنفسه)** قال الرملي: كفل بفتح الفاء أفصح من كسرها. وقال شيخ الإسلام زكريا في شرح الروض وقال: فإن قلت كفل متعد بنفسه كقوله تعالى ﴿وكفلها زكريا﴾ فلم عداه المصنف بغيره وعبارة المصنف كفل بأحد الرجلين؟ قلت: ذلك بمعنى عال وما هنا بمعنى ضمن والتزم، واستعمال كثير من الفقهاء له متعدياً بنفسه مؤول فإن صاحب الصحاح والقاموس وغيرهما من أئمة

عن البدن وبجزء شائع وبضمنته وبعلى وإلى وأنا زعيم وقبيل به لا بأنا ضامن لمعرفته وإن شرط

ورقبته وعنقه وكل عضو منه يعبر به عن جميع البدن أو بثلثه أو ربعه، وقد قدمناه في الطلاق. وقد ذكروا صحة الكفالة بالروح ولم يذكروه في الطلاق وينبغي الوقوع به، وذكروا في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا وينبغي صحة الكفالة به إذا كانت امرأة؛ كذا في التتارخانية. ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى ما إذا كفل بعينه قال البلخي: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن. والذي يجب أن تصح الكفالة به كالطلاق إذا تعين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم، أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويتأتى في دمه ما تقدم في الطلاق؛ كذا في فتح القدير. قيدنا بكونه جزء الكفيل عنه لأن الكفيل لو أضاف الجزء إليه بأن قال الكفيل كفل لك نصفي أو ثلثي فإنه لا يجوز؛ ذكره في الكرخي في باب الرهن كذا في السراج الوهاج قوله: **(وبضمنته)** أي تصح بقوله ضمنت لك فلانا لأنه تصريح بمقتضاها قيد بقوله ضمنته لأنه لو قال أنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لا يكون كفيلاً لأنه لم يبين المضمون نفساً أو مالاً؛ كذا في الخانية. وفي السراج الوهاج: لو قال علي حتى نجتمعا أو نلتقيا فهو جائز لأن قوله هو علي ضمان مضاف إلى العين وجعل الالتقاء غاية له. وفي التتارخانية: هو علي حتى نجتمعا فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها وعلى هذا فلو قال حتى تلتقيا فهو كفيل إلى الغاية اهـ.

قوله: **(وبعلى)** لأن كلمة «على» للوجوب فهي صيغة التزام. وفي التتارخانية: قال لك عند هذا الرجل أو قال دعه إلي كانت كفالة قوله: **(وإلي)** بمعناه لقوله ﷺ «من ترك كلاً فإلي - أي يتيماً فإلي - ومن ترك مالا فلورثته»[1] قوله: **(وأنا زعيم)** لأن الكفيل يسمى زعيماً قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف ﴿وأنابه زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] أي كفيل؛ كذا ذكر الشارحون لكن ذكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي أن من الناس من يظن أن قوله تعالى

اللغة لم يستعملوه لا متعدياً بغيره اهـ. أقول: فلذا أتى النسفي بالباء في بنفسه اهخ. قوله: **(لأنه لو قال أنا ضامن)** قال الرملي: أو ضمنت بغير ضمير. قال الغزي أقول: يستفاد من هذا أنه لا بد في صحة الكفالة من البيان اهـ. كلامه. أقول: فلو قيل أتضمن هذا الرجل فقال ضمنت أو أنا ضامن صح لأن السؤال معاد في الجواب فحصل البيان اهـ. هذا ونقل بعض الفضلاء عن الشلبي قد راجعت نقولاً كثيرة من المتون والشروح والفتاوى فبعضهم صرح بأن ضمنت من ألفاظ الكفالة

---

(١) رواه البخاري في كتاب النفقات باب ١٥. مسلم في كتاب الفرائض حديث ١٧. أبو داود في كتاب الإجارة باب ١٥. ابن ماجه في كتاب الفرائض باب ٩. أحمد في مسنده (٢/ ٣٥٦، ٤٥٦) (٤/ ١٣١، ١٣٢).

. . . .

﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم﴾ إن ذلك كفالة وليس منها في شيء لأن القائل مستأجر لمن جاء به وهو الذي يلزمه ضمان الأجرة التي عقد عليها لمن جاء به وليس ضماناً عن أحد، وجوابه يحمل على أنه كان رسولاً من جهة الملك والرسول سفير فلا تجب الأحكام عليه كأن يقول إن الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول من جهته وأنا بذلك الحمل على الملك كفيل. وذكر الفخر الرازي بعدما قرر أنها دليل الكفالة إلا أن هذه كفالة لرد مال السرقة وهو كفالة ما لم يجب لأنه لا يحل للسارق أن يأخذ شيئاً على رد السرقة ولعل مثل هذه الكفالة كانت تصح عندهم اهـ. وذكر القاضي أن في هذه الآية دليلاً على جواز الجعالة وضمان الجعل قبل تمام العمل اهـ. وفي الدر المنثور للأسيوطي عن مجاهد في قوله وأنابه زعيم قال: الزعيم هو المؤذن الذي قال أيتها العير اهـ.
قوله: **(وقبيل به)** أي بفلان لأن القبيل هو الكفيل ولذا سمي الصك قبالة لأنه يحفظ الحق فمعناه القابل للضمان. وفي الصحاح: القبيل الكفيل والعريف وقد قبل به يقبل به قبالة ونحن في قبالته أي في عرافته، والقبيل الجماعة تكون من الثلاثة فصاعداً من قوم شتى مثل الروم والزنج والعرب والجمع قبل اهـ. وفي التتارخانية: أنا قبيل لك بنفس فلان كان كفيلاً كما لو قال على أن آتيك به سواء قوله: **(لا بأنا ضامن لمعرفته)** أي لا تصح بهذا القول. وقال أبو يوسف: يصير ضامناً للعرف لأنهم يريدون به الكفالة. وجه ما في الكتاب أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالة عليه أو قال أوقفك عليه. وقال الفقيه أبو الليث: هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عنهما. وفي خزانة الواقعات: وبه يفتى أي بظاهر الرواية؛ كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة: وعليه الفتوى. قيد بالمعرفة لأنه لو قال أنا ضامن لتعريفه ففيه اختلاف المشايخ، والوجه اللزوم لأنه مصدر متعد إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب؛ كذا في فتح القدير. ولو قال أنا ضامن لوجهه فإنه يؤخذ به لأن الوجه يعبر به عن الجملة فكأنه قال أنا ضامن له؛ كذا في السراج الوهاج. وأشار إلى أنه لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلاً كما في السراج. وفي الخانية: ولو قال أنا كفيل لمعرفة فلان لا يكون كفيلاً ولو قال معرفة فلان علي قالوا يلزمه أن يدل عليه اهـ. وفي التتارخانية: ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة ثم قال: لو كفل بنفس رجل وسلمه إليه وبرئ، ثم إن الطالب لزم

بالنفس لا الكفالة بالمال، ولم أر أحداً من مشايخنا ذكرها في ألفاظ الكفالة بالمال لكن قال الشيخ أبو نصر: الأقطع عند قول القدوري في الكفالة بالنفس، وكذلك إن قال ضمنته أو هو علي أو إلي أو أنا زعيم به أو قبيل به، فإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال اهـ. وينبغي أن يقال هذه الألفاظ إن أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس وإذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال فتتمحض حينئذ للكفالة به اهـ. قلت: ومفاده أن البيان ليس شرطاً في صحتها وأنها عند عدمه تحمل على الكفالة بالنفس وهو خلاف ما في الخانية، ولا يمكن حمله على ما في السراج لوجود البيان بالإضافة فيه، وفرق بين أنا ضامن وبين هو علي خلافاً لما في المنح تأمل. قوله: **(كانت**

....

المطلوب فقال له الكفيل دعه وأنا على كفالتي أو على مثل كفالتي لا شك أنه كفالة مبتدأة. ولم يذكر المصنف الكفالة المقيدة بالوقت. قال في الخانية: رجل كفل بنفس رجل إلى ثلاثة أيام ذكر في الأصل أنه يصير كفيلاً بعد الأيام الثلاثة وجعله بمنزلة ما لو قال لامرأته أنت طالب إلى ثلاثة أيام فإن الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام، وكذا لو باع عبداً بألف إلى ثلاثة إيام يصير مطالباً بالثمن بعد الأيام الثلاثة. وعن أبي يوسف يصير كفيلاً في الحال، وقال في الطلاق يقع الطلاق في الحال أيضاً. وقال الفقيه أبو جعفر: يصير كفيلاً في الحال. قال: وذكر الأيام الثلاثة لتأخير المطالبة إلى ثلاثة أيام لا لتأخير الكفالة ألا ترى أنه لو سلم المكفول به قبل الأيام الثلاثة بجبر الطالب على القبول كتعجيل الدين المؤجل. وما ذكر في الأصل أراد به أن يكون كفيلاً مطالباً بعد الثلاثة وغيره أخذ بظاهر الكتاب وقالوا: لا يصير كفيلاً للحال فإذا مضت قبل تسليم النفس كان كفيلاً أبداً إلى أن يسلم، فإذا قال أنا كفيل بنفس فلان من اليوم إلى عشرة أيام صار كفيلاً في الحال، فإذا مضت العشرة خرج عنها. ولو قال أنا كفيل بنفسه إلى عشرة أيام فإذا مضت العشرة فإني بريء قال ابن الفضل: لا مطالبة عليه بها لا فيها ولا بعدها، وذكر في الأصل كفلت بنفس فلان شهراً كان كفيلاً أبداً كقوله أنت طالق شهراً، ولو قال عليّ نفسه إلى شهر عن محمد أنه قال لا سبيل عليه حتى يمضي شهر، ولو قال نفسه علي إلى شهر فإذا مضى شهر فأنا بريء منه قال: هذا لم يضمن شيئاً اهـ. وفي التتارخانية: إذا كفل إلى ثلاثة أيام كان كفيلاً بعد الثلاثة ولا يطالب في الحال في ظاهر الرواية. وفي السراج: وهو الأصح. وفي الصغرى: وبه يفتى. وفي البزازية: كفل بنفسه إلى شهر على أنه بريء إذا مضى شهر قال الفقيه أبو الليث: الفتوى على أنه لا يصير كفيلاً. وفي الواقعات: الفتوى على أنه يصير كفيلاً كفل إلى شهر طالبة بعد شهر ويبطل ما قاله البعض أنه كفيل في الحال مؤجلاً إلى شهر، دل عليه ما ذكره عصام أنه لو قال أنت طالق إلى شهر يقع بعد الأجل إلا أن ينوي الوقوع في الحال دل على أنه لا يصير كفيلاً في الحال وبه يفتي بخلاف أمر امرأتي بيدها إلى شهر حيث يصير الأمر بيدها في الحال إلى شهر لأن الطلاق لا يحتمل التأقيت والأمر يحتمله، وكذا الكفالة تحتمل التأقيت، ولا نعني بقوله إنه كفيل بعد شهر أنه ليس بكفيل للحال ألا ترى أن الكفيل لو سلم للحال يجب على الطالب القبول ولو لم يصر كفيلاً إلا بعد الشهر لما أجبر في الحال لكن ذكر الشهر تأجيل للكفيل حتى لا يطالب للحال ويطالب بعد الأجل اهـ.

قوله: **(وإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه)** لأنه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به إن طلبه في ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا حل قوله:

كفالة) قال الرملي: أي كانت كفالة بالنفس. قوله: **(ويبطل ما قاله البعض الخ)** أقول: ينبغي أن

تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم وإن غاب أمهله مدة

(أحضره وإلا حبسه الحاكم) لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة حتى يظهر مطله لأنه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل. وذكر الشارح أنه ينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين من أنه إن ثبت الدين بإقراره لم يعجل بحبسه وإلا عجل وظاهره أنه لم يطلع على نقل في المسألة. وفي البزازية: أقر بالكفالة بالنفس أو ثبتت بالبينة عند الحاكم قال الخصاف: لا يحبسه فيهما أول مرة، وفي ظاهر الرواية كذلك في الإقرار وأما في البينة يحبسه ولو أول مرة اهـ. وهكذا في الخانية وصرح فيها بأنه كالدين. وفي النهاية: هذا إذا لم يظهر عجزه، فإن ظهر فلا معنى لحبسه إلا أن لا يحال بينهما بل يلازمه كالمديون. وفي شرح المنظومة معزياً إلى المبسوط: لو ادعى الكفيل بالنفس أنه دفعه إلى وكيل الطالب وأنكر الطالب حلف على علمه لأنه استحلاف على فعل الغير بخلاف ما إذا ادعى الكفيل بالنفس أنه دفع إليه فإنه يستحلف على البتات. وفي السراج الوهاج: ثلاثة كفلوا رجلاً بنفسه كفالة واحدة فأحضره أحدهم برؤوا جميعاً، وإن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون لأن الكفالة إذا كانت واحدة فالإحضار المستحق واحد، فإذا سلمه واحد لم يبق هناك إحضار أحد، وأما إذا تفرقت فكل عقد أوجب إحضاراً على حدة فإحضار واحد لا يسقط إحضار غيره، ولو تكفلوا بمال كفالة واحدة أو متفرقة فأدى واحد جميع المال برئ الباقون لأن المكفول به مال واحد، فإذا أداه واحد لم يبق على غيره مال اهـ. وفي البزازية: كفل بنفس رجل لرجلين فسلمه إلى أحدهما برئ له والآخر على حقه لأن كلاً منهما ليس نائب الآخر قوله: **(وإن غاب أمهله مدة ذهابه وأيابه)** يعني لا يحبسه لعدم ظهور مطله وهو مقيد بما إذا أراد الكفيل السفر إليه فإن أبا حبسه للحال من غير إمهال كما في البزازية. وفي التتارخانية: وإن كان في الطريق عذر لا يؤاخذ الكفيل به والإياب بالكسر الرجوع من آب يؤب أوباً وأوبة وإياباً؛ كذا في الصحاح. وأشار إلي أنه لو كفل بنفس محبوس أو غائب صح كما في البزازية. وقوله «وإن غاب» أي وإن ثبت عند القاضي أن الكفيل غائب ببلد آخر بعلم القاضي أو ببينة أقامها الكفيل كما في البزازية. أطلقه فشمل المسافة القريبة والبعيدة كما في فتح القدير قوله: **(فإن مضت ولم يحضره حبسه)** لأنه ظهر مطله إلى أن يظهر للقاضي تعذر إحضاره بشهود أو بدلالة الحال فيطلقه كالمديون المفلس وينظره إلى وقت قدومه، ولا يحول بينه وبين الطالب فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله؛ كذا في فتح القدير، وإن أضرته ملازمته استوثق منه بكفيل؛ كذا في التتارخانية.

يكون ما قاله البعض هو المفتى به في زماننا فإنه هو المتعارف بين الناس لا يقصدون غيره وقد قالوا: إن لفظ «عندي» للضمان للعرف مع أنه للأمانة. وقالوا أيضاً: يحمل كلام كل عاقد وحالف وواقف على عرفه ولغته وإن خالفت لغة العرب. قوله: **(وإن ثبت عند القاضي أن الكفيل)** صوابه المكفول

ذهابه وإيابه فإن مضت ولم يحضره حبسه فإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به فإن سلمه

قوله: **(فإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به)** لأنه عاجز ولا بد من ثبوت أنه غائب لم يعلم مكانه، إما بتصديق الطالب وعليه اقتصر الشارح، أو ببينة أقامها الكفيل لما في القنية عن علي السغدي: إذا غاب المكفول عنه فللدائن أن يلازم الكفيل حتى يحضره، والحيلة في دفعه أن يدعي الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة لا تدري فبين لي موضعه فإن أقام بينة على ذلك تندفع عنه الخصومة اهـ. وفي ملازمة الطالب الكفيل عند عجزه عن إحضار الأصيل اختلاف ذكر السرخسي أنه يلازمه، وذكر شيخ الإسلام إنه لا يلازمه؛ كذا في التتارخانية. فإن اختلفا ولا بينة فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه، فإن كان له خرجة معلومة للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويأمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع وإلا فالقول للكفيل لتمسكه بالأصل وهو الجهل. وقوله لا يطالب به مقيد بما إذا لم يبرهن الطالب على أنه بموضع كذا، فإن برهن أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره لأنه علم مكانه، ولو علم أنه ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل مدة ذهابه وأيابه ولا تبطل باللحاق بدار الحرب لأنه وإن كان موتاً حكماً لكن بالنسبة إلى ماله وإلا فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع؛ هكذا أطلقه في النهاية. وقيده في الذخيرة بما إذا كان الكفيل قادراً على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعدة أنهم يردون إلينا المرتد وإلا لا يؤاخذ به اهـ. وهو تقييد لا بد منه ثم في كل موضع قلنا: إنه يؤمر بالذهاب إليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الآخر. وفي الخانية: الكفيل بالنفس إذا منع المكفول به عن السفر إن كانت الكفالة حالة كان له أن يمنعه حتى يخرجه عند عهدة الكفالة، وإن كانت الكفالة مؤجلة ليس له أن يمنعه من الخروج قبل حلول الأجل اهـ. ظاهره أن للكفيل ملازمة الأصيل إذا كانت حالة وإن لم يلازمه الطالب قوله: **(فإن سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ)** لأنه أتى بما التزمه إذ لم يلتزم تسليمه إلا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب فلم تبق الكفالة كما لو تكفل بمال فقضاه. أطلقه فشمل ما إذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أو لا لأن الأجل حق الكفيل فله إسقاطه كالدين المؤجل إذا قضاه المديون قبل الحلول والتسليم بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فخذه إن شئت، فإن سلمه بعد طلبه برئ مطلقاً وإلا فلا يبرأ حتى يقول سلمته إليك بجهة الكفالة. وفي القنية: كان المكفول له جالساً مع قوم في مدرسة فجاء الكفيل بالمكفول عنه وقال له هو المكفول عنه فلم يجلس بل مر وخرج إلى باب آخر فهذا القدر تسليم منه اهـ. قيد بقوله «بحيث يقدر» للاحتراز عما إذا

عنه. قوله: **(وإلا فالقول للكفيل الخ)** هذا مخالف لقوله أولاً ولا بد من ثبوت أنه غائب لم يعلم مكانه فإنه يقتضي أنه لا يكفي قول الكفيل لا أعرف مكانه تأمل. قوله: **(فهذا القدر تسليم منه)** قال

بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه

سلمه في برية أو في سواد فإنه لا يبرأ لعدم قدرته على مخاصمته في ذلك المكان، سواء شرط تسليمه في مجلس القاضي أو لا. وفي الخانية: وهو نظير ما إذا سلم المديون الدين للطالب حين خرج اللصوص فإنه لا يبرأ. وفي القنية: سلم الكفيل بالنفس المكفول عنه إلى الطالب ليلاً في مكان لا يمكنه العصمة وفر منه فإن كان التسليم بطلبه يخرج عن العهدة اهـ.

قوله: **(ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم)** لأن الشرط مفيد فإن سلمه في مجلسه برئ. وأفاد بقوله «سلمه ثم» إلى اشتراط ذلك فإن سلمه في السوق لم يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في إقامة الحق، ومحل الاختلاف في بلدة لم يعتادوا نزع الغريم من يد خصمه؛ كذا في التتارخانية. وهذه إحدى المسائل التي يفتى فيها بقول زفر رحمه الله تعالى، ومنها قعود المريض في صلاته كقعود المصلي في التشهد، ومنها سماع البينة من امرأة الغائب ليقرر القاضي لها نفقة، ومنها أن الوكيل بالخصومة لا يلي القبض، ومنها تضمين الساعي إذا سعى به إلى السلطان وغرمه شيئاً، ومنها أن رؤية البيت من الصحن لا يكفي بل لا بد من رؤية داخله، ومنها أن رؤية ظاهر الثوب مطوياً لا يكفي بل لا بد من نشره فهي سبع، وليس المراد الحصر. وفي القنية: كفل بنفسه في البلد وسلمه في الرساتيق صح إن كان فيها حاكم. وقال العلاء التاجري والبدر: الظاهر لا يصح. قال رضي الله تعالى عنه: وجوابهما حسن لأن أغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته على وجه العدل دون رساتيقهم اهـ. وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة إن كان فيه سلطان أو قاضٍ وكانت الكفالة غير مقيدة بمصر وإلا فلا يبرأ اتفاقاً؛ كذا في التتارخانية لإمكان إحضاره إلى محلس القاضي، ولا يبرأ عندهما لاحتمال أن يكون شهوده

في النهر: ينبغي حمله على ما إذا كان التسليم بعد الطلب. قوله: **(وفي القنية سلم الكفيل بالنفس الخ)** قال في النهر: الظاهر ضعفه. قوله: **(وهو قول زفر)** قال في النهر وفي الواقعات الحسامية: جعل هذا رأياً للمتأخرين لا قولاً لزفر ولفظه: والمتأخرون من مشايخنا يقولون جواب الكتاب أنه يبرأ إذا سلمه في السوق أو في مواضع أخر في المصر بناء على عاداتهم في ذلك الزمان، أما في زماننا فلا يبرأ لأن الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مفيداً فيصح وبه يفتي اهـ. وهو الظاهر إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان في ذلك الزمان اهـ. وفيه نظر إذ كم من مسألة اختلف فيها الإمام وأصحابه وجعلوا الخلاف بسبب اختلاف الزمان كمسألة الاكتفاء بظاهر العدالة وغيرها، وبعد نقل الثقات ذلك عن زفر كيف ينفي بكلام يحتمل أنه مبني على قوله؟ تأمل. قوله: **(لاحتمال أن يكون شهوده فيما عينه)** كان حق التعبير أن يقال لاحتمال أن يكون شهوده في المصر الذي كفل فيه وإلا ففي التعيين لا يبرأ اتفاقاً كما ذكره. قوله: **(قيل أنه اختلاف عصر وزمان)** قال الزيلعي: فأبو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لأهل

ثم وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل إذا دفعته إليك فأنا

فيما عينه. وفي فتح القدير: وقولهما أوجه قيل إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان. وفي البزازية: ضمن نفس رجل وحبس المطلوب في السجن فسلم لا يبرأ، ولو ضمن وهو محبوس فسلمه فيه يبرأ، ولو أطلق ثم حبس ثانياً فدفعه إليه فيه. أن الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وإن في أمور السلطان ونحوها لا حبس الطالب المطلوب ثم طالب الكفيل به فدفعه وهو في حبسه قال محمد: برئ اهـ. وفي الخانية: ولو كفل بنفس رجل وهو غير محبوس ثم حبس فخاصم الطالب الكفيل إلى القاضي الذي حبسه فقال الكفيل كفلت به وأنت حبسته بدين فلان آخر له عليه عن محمد أن القاضي يأمر بإحضار المطلوب حتى يسلمه الكفيل إلى المكفول له ثم يعاد إلى الحبس اهـ. ولو سلمه وهو مع رسول القاضي وهو ممتنع به لا يبرأ ولو سلمه قدام الحاكم برئ؛ كذا في البزازية. وفي فتح القدير: ولو قال المطلوب في الحبس دفعت نفسي إليه بالكفالة برئ الكفيل وفي الواقعات: رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره اهـ. وفي التتارخانية: إذا شرط تسليمه عند القاضي فسلمه عند الأمير أو شرط تسليمه عند هذا القاضي فسلمه عند قاضٍ آخر جاز.

قوله: **(وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب)** لعجزه عن إحضاره له بعد موته، وكذا بعد موت الكفيل، ووارثهما لا يقوم مقامهما لأن الخلفية فيما له لا فيما عليه، وما له لا يصلح لإيفاء هذا الحق وهو إحضار المكفول به، وقد تبع المصنف صاحب الهداية في بطلانها بموت الكفيل، وفي الكرخي في باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال إنها لا **تبطل** بموت الكفيل ويطالب وارثه بإحضاره؛ كذا في السراج الوهاج. قيد بالكفالة بالنفس لأن الكفيل بالمال إذا مات لا تبطل لأن حكمها بعد موته ممكن فيوفي من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالاً، فإن كان مؤجلاً لا رجوع لهم حتى يحل الأجل وإلا فلا كأدائه بنفسه، وأما موت الطالب فلا يبطلها لأن وصيه وورّاثه يخلفونه. أطلق المطلوب فشمل العبد لكن في الخلاصة: لو كفل بنفسه العبد فمات العبد برئ الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد، وإن كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته

الصلاح والعمال كانوا يتعاونون على البر ولا يميلون إلى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصر ومصر آخر، وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت أحوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق إلا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره أسهل لإثبات حقوقه اهـ. قوله: **(وفي البزازية ضمن نفس رجل وحبس المطلوب في السجن لا يبرأ)** أي ويطالب الكفيل لما في كافي الحاكم حيث قال: وإذا حبس المكفول به بدين أو غيره أخذت الكفيل به لأنه يقدر على أن يفكه مما حبس به بأداء حق الذي حبسه اهـ.

....

اهـ. وأشار باقتصاره في بطلانها على موت المطلوب والكفيل إلى أنها لا تبطل بإبراء الأصيل لما في البزازية: ولو كفل بنفس ثم أقر الطالب أنه لا حق له قبل المكفول به له أن يأخذ الكفيل بتسليمه ولا يبرأ، ولو قال الطالب لا حق لي قبل المكفول به لا من جهته ولا من جهة غيره لا بوكالة ولا بوصاية ولا بولاية برئ من الكفالة اهـ. فقولهم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل إنما هو في الكفالة بالمال اللهم إلا أن يقال أن صورة براءة الأصيل فيما إذا كانت الكفالة بالنفس أن يقول ما ذكره فحينئذ الكلام على عمومه. وفي السراج الوهاج: إذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل إلى ورثته فإن سلمه إلى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته بإحضاره، فإن كانوا صغاراً فلوصيهم مطالبته بأحضاره فإن سلمه إلى أحد الوصيين بريء في حقه وللآخر مطالبته؛ كذا في الينابيع اهـ. ومن الغريب ما في منظومة ابن وهبان وعزاه في الشرح إلى النتف أنها تبطل بموت الطالب والمعروف في المذهب خلافه. وفي فروق الكرابيسي: الكفالة على الكفالة جائزة وبموت الأصيل يبطلان وبموت الكفيل الأول يبرأ الثاني. والحوالة بعد الحوالة تبطل الحوالة الأولى لأن الكفالة للتوثق والثانية تزيده والحوالة نقل وهما لا يجتمعان اهـ. قوله: **(وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء)** لأن موجب الدفع إليه البراءة فتثبت وإن لم ينص عليها كالمديون إذا سلم الدين والغاصب إذا سلم المغصوب والبائع إذا سلم المبيع. وأطلقه فشمل ما إذا قال سلمته إليه بجهة الكفالة أو لا إن طلبه منه، وأما إذا لم يطلبه منه فلا بد أن يقول لك كما قدمناه. وإذا أقر الطالب بقبض المكفول برئ الكفيل ولا يحتاج فيه إلى النص لأن الظاهر أنه لا يقر إلا باستيفاء حقه، ولو سلم الكفيل المكفول إلى الطالب فأبى أن يقبله أجبر على قبوله بمعنى أنه ينزل قابضاً كالغاصب إذا رد العين والمديون إذا دفع الدين بخلاف ما إذا سلمه فضولي فإنه لا يجبر كما إذا قضى الدين فضولي أي غير مأمور بذلك، والضمير في قوله «إليه» راجع إلى الطالب. وأطلقه فشمل ما إذا كان غير صاحب الحق كما إذا كان الآخذ للكفيل وكيل الدائن فيبرأ بتسليمه إلى الموكل مطلقاً وإلى الوكيل إن أضافه إلى نفسه، وإن أضافه إلى موكله لم يبرأ بتسليمه إلى الوكيل لأنه رسول؛ كذا في التتارخانية. وكما إذا أخذ القاضي من المدعى عليه كفيلاً بالنفس بطلب المدعي أو بغير طلبه وسلمه الكفيل إلى القاضي برئ، وإن سلمه إلى المدعي لا يبرأ. هذا إذا لم يضفه القاضي فإن أضافه وقال القاضي إن المدعي يطلب منك كفيلاً بالنفس فأعطه كفيلاً بنفسك فسلم الكفيل للقاضي لا يبرأ، وإن سمله إلى المدعي يبرأ؛ كذا في الخانية والبزازية. ورسول القاضي وأمينة كالقاضي، ولو كفل بنفسه إلى الوصي فسلمه إلى الورثة أو الغريم لا يبرأ؛ كذا في البزازية. وفي القنية: كفل بنفس رجل على أن

قوله: **(الكفالة على الكفالة جائزة الخ)** تقدم هذا موضحاً عن الخانية قبيل قول المصنف

بريء وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله فإن قال إن لم أواف

يسلمه إلى المكفول له متى طالبه به ثم سلمه إليه قبل أن يطالبه ولم يقبله يبرأ لأن حكم الكفالة وجوب التسليم وهو ثابت في الحال. وقوله «على أن يسلمه إليه متى طالبه به» يذكر للتأكيد لا للتعليق فقد سلمه إليه حال كونه كفيلاً فيبرأ اهـ. وإنما ذكروا هذه المسألة أعني مسألة الكتاب مع ظهورها كما قاله الفقيه أبو الليث لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفي حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق، فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار؛ كذا في فتح القدير.

قوله: **(وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله)** أي يبرأ الكفيل بتسليم هؤلاء لأن المطلوب يطالب بتسليم نفسه فإذا سلم نفسه حصل المقصود فلا معنى لبقائها كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه فإنه يصح قبل الطالب أولاً، وفعل نائب الكفيل كفعله. وقيد بقوله «من كفالته» لأنه لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول سلمت نفسي إليك من الكفالة ولو أخر قوله «من الكفالة» لكان أولى لأن الوكيل والرسول كالمكفول لا بد من التسليم عنها وإلا لا يبرأ. وقيد بتسليم النفس لأن المديون لو دفع الدين إلى الكفيل قبل أن يوفي عنه ولم يقل إنه عن كفالتك كان قضاء لأنه الغالب وتستحق عليه فانصرف إليه كذا في القنية. وقيد بالوكيل والرسول لأنه لو سلمه أجنبي بغير أمر الكفيل وقال سلمت إليك عن الكفيل وقف على قبوله، فإن قبله الطالب برئ الكفيل، وإن سكت لا. وفي السراج الوهاج: ولو سلم المكفول بالنفس نفسه إلى المكفول له بجهة الكفالة فإنه يجبر على القبول حتى يبرأ الكفيل، وهذا إذا كانت الكفالة بالأمر، أما إذا كانت بغير الأمر لا يبرأ؛ كذا في الفوائد اهـ. ولم يظهر هذا التفصيل ثم ظهر لي أن المراد أمر المطلوب وأن الكفالة بالنفس على وجهين: إما أن تكون بأمر المطلوب أو بغير أمره لما في التتارخانية: ولو كفل بنفسه بغير أمره فلا مطالبة للكفيل عليه إلا أن يجده فيسلمه فيبرأ اهـ. فعلى هذا إذا ضمنه بغير أمره لا يأثم بعدم التمكين منه فله الهرب بخلاف ما إذا كان بأمره، وعلى هذا فما قدمناه من منعه من السفر إنما هو فيما إذا كانت بأمره، وزاد في الإصلاح على رسوله إليه. وقال في الإيضاح: وإنما قال إليه لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي اهـ. وفي التتارخانية: يشترط التسليم عن الكفالة ولا يحتاج أن يقول عن كفالة فلان إنما يحتاج تعيينه إذا كان كفله لرجلين، ولو قال بعد قوله ورسوله وكفيله لكان أولى لأن كفيل الكفيل لو سلمه برئ كما في التتارخانية، فلو قال وبتسليم نائب الكفيل عنه لكان أحسن. قوله: **(فإن قال إن لم أواف به غداً فهو ضامن لما**

«بكفلت بنفسه». قوله: **(ثم ظهر لي أن المراد أمر المطلوب الخ)** وعن هذا قال في النهر: والوجه فيه

به غداً فهو ضامن لما عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال ومن ادعى على آخر مائة

عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال) لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهو متعارف يصح تعليقها به فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن كفالة النفس لأنها كانت ثابتة قبلها ولا تنافيها كما لو كفلهما جملة. والمراد بقوله «ولم يواف به» مع قدرته عليه فإن عجز لا يلزمه إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة بالنفس فإنما هو في حق تسليمه إلى الطالب لا في حق المال. وقيد بموت المطلوب لأن الكفيل لو مات لم يوجد شرط الكفالة المعلقة لأن وارثه يقوم مقامه كموت الطالب فإن الكفيل إذا سلمه إلى وارثه برئ، ولو أبرأه الطالب عن كفالة النفس فلم يواف به لا يجب المال لفقد شرطه، ولو اختلف فقال الكفيل وافيتك به وقال الطالب لم توافني به فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل لأن سبب وجوب المال التزام المال بالكفالة إلا أن الموافاة شرط للبراءة فلا يثبت بقول الكفيل؛ كذا في الخانية. وفي البزازية: وفيما إذا علق المال بعدم الموافاة لا يصدق الكفيل على الموافاة إلا بحجة وبيانه ما ذكره في نظم الفقه: قال الكفيل دفعته إليك اليوم المشروط وأنكره الطالب فالأمر على ما كان في الابتداء ولا يمين على واحد منهما لأن كلاً منهما مدع الكفيل البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعي عندنا اهـ. وفي فروق الكرابيسي: رجل كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المال فلم يوافه لكن المدعي وجد المدعى عليه ولازمه حتى الليل يلزمه المال، وكذا لو تغيب الطالب فلم يجده لزمه المال. هنا فصول: الثاني لو شرط على الكفيل مكاناً فجاء الكفيل بالمكفول به في ذلك المكان وتغيب الطالب لزم المال الكفيل. الثالث لو اشترى بالخيار فتوارى البائع الرابع حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن. الخامس جعل أمر امرأته بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيبت، وعند أبي يوسف ينصب القاضي قيماً في الفصلين الأخيرين لا في الأول لأن الطالب متعنت فيهما لا في الأول اهـ.

وفي الخلاصة: إذا توارى الطالب والبائع نصب القاضي وكيلاً عن الغائب قال الفقيه أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعل القاضي فهو حسن اهـ. وجعل قاضيخان في فتاواه المسائل كلها على الخلاف وأن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب على قول المتأخرين وهو قول أبي يوسف ا هـ. ولم يصور المصنف المسألة بالألف كما في الهداية لبيان أن معلومية القدر ليست شرطاً لصحتها فإذا قال بما عليه فمهما ثبت بالبينة أنه عليه لزمه كما سيأتي؛ كذا في النهاية. وكذلك لو قال الكفيل بالنفس إن لم أوافك به غداً فعلي ما أقر به المطلوب فلم يواف به غداً فأقر المطلوب أن له عليه

ظاهر لأنها إذا كانت بغير أمره لا يلزم المطلوب بالحضور فليس مطالباً بالتسليم فإذا سلمه نفسه لا يبرأ الكفيل. قوله: **(وكذا لو قال إن لم أوافك به غداً فما ادعيت عليه فهو علي الخ)** ذكر المسألة في

دينار فقال رجل إن لم يوافك به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة ولا يجبر على

خمسمائة كان الكفيل ضامناً لما أقر، وليس هذا كما لو قال إن لم أوافك به غداً فأنا ضامن لما ادعيت عليه فلم يواف به غداً فادعى الطالب عليه مالاً لا يلزمه المال، وكذا لو قال إن لم أوافك به غداً فما ادعيت عليه فهو عليّ فلم يواف به غداً فادعى الطالب عليه مالاً لا يلزمه؛ كذا في فتاوى قاضيخان بعد مراجعة نسخة صحيحة. وقوله «إن لم أدفعه إليك غداً» بمنزلة «إن لم أوافك به» كما في الخانية. ولو قال الكفيل بالنفس إن غاب عنك المكفول فأنا ضامن لما عليه فغاب المكفول إلى الكوفة ولم يطلبه الطالب ثم دفعه الكفيل إليه بعد رجوعه من الكوفة فالكفيل ضامن للمال لأنه علقها بالغيبة، ولو قال قد كفلت لك بنفس فلان فإن غاب ولم أوافك فأنا ضامن لما عليه فغاب قبل أن يوافي لزمه المال، وهو بمنزلة ما لو قال إن غاب قبل أن أوافيك به. ولو قال إن غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة؛ كذا في الخانية. وفيها أيضاً: ولو كفل بنفس رجل على أن يوافي به إذا جلس القاضي، فإن لم يواف به فعليه الألف التي للطالب عليه فلم يجلس القاضي أياماً وطلب المدعي ولم يأتي به فلا شيء على الكفيل من المال لأنه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة إذا جلس القاضي ا هـ. وقوله في الكتاب فأنا ضامن ليس بقيد ففي الخانية: إن لم أواف به فعندي لك هذا المال لزمه لأن عندي إذا استعمل في الدين يراد به الوجوب، وكذا لو قال إلى هذا المال. وقيد بعدم الموافاة للاحتراز عما في البزازية: كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه فإن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح، فإذا لم تصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فلا يجب ا هـ. وفي القنية: كفل بنفسه وقال إن عجزت عن تسليمه إلى ثلاثة أيام فعلي المال ثم حبس بحق أو بغير حق أو رضي مرضاً يتعذر إحضاره يلزمه المال بعد الثلاثة ا هـ. وفي وكالة منية المفتي: قال إن وافيتك به غداً فعلي ما عليه ثم وافى به لم يلزمه المال لأنه شرط لزومه إن أحسن إليه ا هـ. يعني أنه تعليق بغير المتعارف فلم تصح الكفالة.

قوله: **(ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل إن لم أوافك به غدا فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة)** لوجود الشرط فلزم المال. قيد ببيان المال عند الدعوى لأنه لو تعلق رجل بآخر وقال لي عليك دعوى ولم يبينها فكفله إنسان بالنفس على أنه إن لم يواف به غداً

الخانية قبل هذا موضحة فقال: رجل كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ما ادعى الطالب فلم يواف به وادعى الطالب عليه ألف درهم وصدقه المطلوب وجحدها الكفيل كان القول قول الكفيل مع اليمين على العلم اهـ.

قوله: **(قيد ببيان المال عند الدعوى)** أراد بالبيان ذكره والتنصيص عليه لا بيان صفته أنه جيد أو

. . . .

فعليه مائة دينار ففيه اختلاف. قالا: إذا لم يوافه به لزمته إذا ادعاها المدعي. وقال محمد: لا تلزمه لأنه لما لم يبينها وقت الدعوى لم تصح الدعوى فلم يجب حضوره إلى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لأنها مبنية عليها. ولهما أنه يمكن تصحيحها لأن العادة جرت بالإبهام في الدعاوى في غير مجلس القضاء ثم يبينوها عنده دفعاً للحيل فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان، فإذا بين بعده انصرف إلى البيان أولاً فظهر بهب صحة الكفالة بالنفس فصحت بالمال حملاً على أن الكفيل كان يعلم خصوص المال المدعى به تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن. والحاصل أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فإذا ظهرت ظهر أنه إنما كفل بالقدر المدعى به. وفي الخلاصة: كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى الغد ولم يواف به وفلان يقول لا شيء علي والطالب يدعي ألفاً والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الأول، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه ا هـ. وهذا يقتضي أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده، ويستفاد بها أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه؛ كذا في فتح القدير. وقيد بكون المال على المكفول بالنفس لأنه لو كان على غيره ففيه اختلاف كما لو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به في يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحساناً وهو قول محمد، وفي القياس لا يجوز ولو قول أبي يوسف؛ ذكره قاضيخان. وفي المحيط: جعل الخلاف على العكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف. وفي السراج الوهاج: وكذا لو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً كان كفيلاً بنفس رجل آخر كان على هذا الاختلاف ا هـ. ولا بد في مسألة الكتاب من إقرار المدعى عليه

رديء مثلاً، ثم ظاهر كلامه أن مسألة الكتاب وفاقية والثاني خلافية وليس كذلك. قال في فتح القدير: صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجلاً وادعى عليه مائة دينار فبينها أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فأنا كفيل بنفسه إلى غد، فإن لم أوافك به غداً فعلي مائة دينار فرضي بذلك فلم يواف به غداً قال: عليه المائة دينار في الوجهين جميعاً إذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له وهذا قول أبي يوسف. وقال محمد: إن ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم ألتفت إلى دعواه. وأراد بالوجهين ما إذا بينها أي ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر؛ كذا قيل. والأفود أن يراد بالوجهين ما إذا ادعى أي ذكر أنها مائة بينها أو لا وما إذا لم يدع شيئاً حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه اهـ. وقال في النهر: وقد جمع في الجامع الصغير بينهما ولو تبعه المصنف لكان أولى. قوله: **(ولا بد في مسألة الكتاب من إقرار المدعى عليه بالمائة الخ)** يخالف هذا ما في شرح الجامع الصغير لقاضيخان حيث

الكفالة بالنفس في حد وقود ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل وبالمال

بالمائة لما في السراج الوهاج: لو ادعى على رجل ألفاً فأنكره فقال له رجل إن لم أوافك به غداً فهو علي فلم يواف به غداً لا يلزمه شيء لأن المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضاً فصار هذا مالاً متعلقاً بخطر فلا يجوز ا هـ. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا علق الكفيل بالمال براءته بموافاته غداً بأن قال كفلت لك بما عليه على أني إن وافيتك به غداً فأنا بريء من المال فوافاه به للاختلاف فيه فإن فيه روايتين: في رواية يبرأ، وفي رواية لا، وهما مبنيان على تعليق براءة الكفيل بالشرط وستأتي في الكتاب والمسألة في السراج الوهاج كما ذكرناه قوله: **(ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود)** وهذا عند الإمام، وقالا بالجبر في حد القذف والقصاص دون غيرهما. قيد بالجبر لأن أخذه برضاه بلا طلب في حد القذف والقصاص جائز اتفاقاً. لهما أنهما شرعت لتسليم النفس وهو واجب على الأصيل فصحت به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لأنها محض حق الله تعالى. وله إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «لا كفالة في حد» ولأنها للاستيثاق ومبناهما على الدرء. والحق التمرتاشي حد السرقة بهما في جواز التكفيل بنفس من عليه إجماعاً، وفي الاجبار عليها عندهما، وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطاً بخلاف غيره لعدم اشتراطها. ولا يجب الحضور بسببها فإذا لم يكفل عنده يلازمه إلى قيام القاضي من مجلسه فإن برهن وإلا خلى سبيله، وليس تفسير الجبر عندهما الجبر بالحبس وإنما هو الأمر بالملازمة.

قوله: **(ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل)** أي في الحدود والقود لأن الحبس لتهمة الفساد وشهادة المستورين أو الواحد العدل تكفي لإثباتها لأن خبر الواحد

قال: فإذا بين المدعي ذلك عند القاضي ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى والملازمة فيظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعاً ويكون القول قوله في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة كمن كفل لرجل في غيبته فلما حضر الغائب قال إنك أقررت لي بالكفالة في الحال التي كنت غائباً وقال الكفيل لا بل ذلك ابتداء كفالة في غيبتك ولم تصح، فالقول فيه قول الغائب لأنه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد اهـ. ومثله في النهاية. وقال في معراج الدراية: ويكون القول له في هذا البيان لأنه يدعي الصحة والكفيل يدعي الفساد. وفي غاية البيان: ويقبل قول المدعي أنه أراد ذلك عند الدعوى لأنه يدعي الصحة وقد مر عن الفتح قريباً قوله «ويستفاد بها أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له» وبه صرح في متن التنوير تبعاً للدرر والغرر وهو المفهوم من قولهم لزمته إذا ادعاها المدعي ولم يقولوا وأثبتها بالبرهان. وما في النهر من قوله «فعليه المائة» أي التي بينها المدعي إما بالبينة أو بإقرار المدعي مبني على ما في السراج وزاد البينة إذ لا فرق، وقد علمت مخالفته للشروح ولإطلاق المتون كالهداية والكنز والمجمع وغيرها، ورأيت بخط شيخ مشايخنا الشيخ إبراهيم الغزي الذي تحرر لي أن هذا أي ما في السراج على قول محمد وعلى قول الثاني ثانياً يعلم هذا بمراجعة

....

حجة في الديانات والمعاملات فتثبت شهادة العدل التهمة وإن لم تثبت أصل الحق. وظاهر كلامهم أنها لا تثبت بخبر مستور واحد والحبس بتهمة الفساد مشروع لأنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً بتهمة بخلاف دعوى الأموال حيث لا يحبس فيها قبل الثبوت لأنه نهاية عقوبتها فلا يثبت إلا بحجة كالحد نفسه، وكلامهم هنا يدل ظاهراً على أن القاضي يعزر المتهم وإن لم يثبت عليه وقد كتبت فيها رسالة وحاصلها أن ما كان من التعزير من حقوقه تعالى فإنه لا يتوقف على الدعوى ولا على الثبوت بل إذا أخبر القاضي عدل بما يقتضيه أحضره القاضي وعزره لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو واحد عدل والحبس تعزير، وصرحنا بجواز الهجم على بيت المفسد وجواز إخراجه من البيت وجواز نفيه عن البلد وتخليد حبسه إلى أن يتوب، وأن من ذلك ما إذا سمع صوت غناء في بيته أو أخبر القاضي باجتماعهم على الشراب أو كان يؤذي الناس بيده ولسانه، وجواز التعزير بالقتل وجوازه بأخذ المال. ومعناه على ما في البزازية إمساكه عنه إلى أن يتوب. وفي السراج الوهاج: وأما التعزير فتجوز الكفالة به يعني أنه يجوز للقاضي الابتداء بطلب ذلك لأنه من حقوق العباد كالديون اهـ. فظاهره أن ما كان من حقوقه تعالى لا يجوز به كالحدود قوله: **(وبالمال ولو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً)** أي تصح الكفالة بالمال ولو كان المال مجهولاً، وصحتها بالإجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع ولذا جاز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة، ويدل عليه إجماعهم على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع كله

الهداية والفتح والخلاصة اهـ. قوله: **(بل إذا أخبر القاضي عدل الخ)** قال في النهر: فإن قلت ينبغي أن يكون هذا على رأي المتقدمين من جواز قضاء القاضي بعلمه أما على رأي المتأخرين وهو المفتى به من أنه لا يقضي بعلمه في زماننا فينبغي أن يتوقف على الثبوت قلت: يجب أن يحمل الخلاف على ما كان من حقوق العباد، أما حقوق الله تعالى فيقضي فيها بعلمه، ويدل على ذلك ما في الخانية والظهيرية والخلاصة والبزازية: الرجل إذا كان يصوم ويصلي ويضر الناس باليد واللسان وذكر بما فيه لا يكون غيبة وإن أخبر السلطان بذلك ليزجره فلا إثم عليه اهـ. قلت: مخالف لما ذكروه. قال في شرح الوهبانية للشرنبلالي بعد كلام ما نصه: والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقاً لفساد أحوال القضاة كما أنه لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر مطلقاً يعني سواء علمه بعد توليته أو قبلها غير أنه يعزر من به أثر السكر للتهمة اهـ. وممن نص على الاتفاق على عدم القضاء بعلمه في الحدود الخالصة ابن الهمام قبيل باب التحكيم، وذكره في شرح أدب القضاء ولم يحك فيه خلافاً، وعلله بأن كل واحد من المسلمين يساوي القاضي فيه وغير القاضي إذا علم لا يمكنه إقامة الحد فكذا هو ثم قال: إلا في السكران أو من به أمارة السكر ينبغي له أن يعزره للتهمة ولا يكون حداً اهـ. فعلم أن التعزير ليس بقضاء ولذا لا يتوقف على الدعوى ونحوها

. . . .

أو بعضه والدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فلم تصح ببدل الكتابة لأنه يسقط بدونهما بالتعجيز، وكذا لا يجوز ببدل السعاية عنده خلافاً لهما؛ كذا في السراج الوهاج مع أنه لا يسقط إذ هو لا يقبل التعجيز. وكذا لا تصح الكفالة بدين هو على ابن المكاتب أو عبده لأن من دخل في مكاتبته فهو مكاتب لمولاه؛ كذا في البزازية بخلاف أرش الشجة وقطع الطرف فإنه دين صحيح فصحت به. وفي فتح القدير: وما نوقض به من أنه لو قال كفلت لك ببعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه أن يبين أي مقدار شاء ا هـ. وفي البدائع: وأما كون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر فليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء، وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل جاز آخراً وبما عليه جاز ويبرأ بواحد منهما إلى الطالب، ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز اهـ.

قيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الأصيل والمكفول له فإنها مانعة حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز إلا إذا كانت كفالة يسيرة في المكفول عنه نحو أن يقول كفلت لك بمالك على أحد هذين فيجوز والتعيين للمكفول له لأنه صاحب الحق. وفي البزازية: شهدا على رجل أنه كفل بنفس رجل نعرفه بوجهه إن جاء به لكن لا نعرفه باسمه يجوز كما لو قال

قوله: **(والدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء)** دخل فيه المسلم فيه ففي فتاوى الحانوتي: الكفالة بالمسلم فيه صحيحة لأنه دين لا مبيع، وممن نقل صحته الوالد عن شرح التكملة والتصريح بالنقل عزيز وإن كان هو داخلاً في قولهم تصح الكفالة بالدين اهـ. قوله: **(مع أنه لا يسقط إذ هو لا يقبل التعجيز)** قال في النهر: وكأنه ألحق ببدل الكتابة. قوله: **(بخلاف أرش الشجة وقطع الطرف الخ)** قال الرملي: والكفالة بالدية لا تصح كما في الخلاصة والبزازية. وفي الظهيرية: واعلم أن الكفالة ببدل الكتابة والدية لا تجوز اهـ. ونقلها في التتارخانية عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافاً، ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة. قوله: **(والتعيين للمكفول له)** مخالف لما قبله عن البدائع حيث جعل الخيار للكفيل في نظير هذه المسألة وبه صرح في الفتح في هذه المسألة ونصه: ولو قال رجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر لأنها جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل اهـ. وفي كافي الحاكم: لو قال أنا كفيل بفلان أو فلان كان جائزاً يدفع أيهما شاء الكفيل اهـ. قوله: **(وفي البزازية شهدا على رجل أنه كفل الخ)** قال الرملي وفي الخانية: رجل ادعى على رجل كفالة بنفس رجل وأقام البينة فشهد الشهود أنه كفل بنفس رجل لا نعرفه جازت شهادتهم اهـ. وفي التتارخانية (م): لو شهد أن هذا الرجل كفل لهذا الرجل بنفس رجل نعرفه بوجهه لكن لا

....

عند القاضي كفلت لرجل أعرفه بوجهه لأن الجهالة في الإقرار لا تمنع صحته ويقال له أي رجل أتيت به وقلت إنه هذا وحلفت عليه برئت من الكفالة ا هـ. وأطلق صحتها فشمل كل من عليه المال حراً كان أو عبداً، مأذوناً أو محجوراً، صبياً أو بالغاً، رجلاً أو امرأة، مسلماً كان أو ذمياً، وكل من له المال لكن في البزازية: الكفالة للصبي التاجر صحيحة لأنه تبرع عليه وللصبي العاقل غير التاجر روايتان. ودخل تحت الدين الصحيح بدل العتق فإذا أعتق عبده على مال فكفله به رجل جاز؛ كذا في البزازية. ومنه ما إذا كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من مكاتبته أو دين سوى ذلك جاز لأن أصل ذلك المال واجب للمكاتب على الكفيل، وهذا أمر منه أن يدفع ما عليه لمولاه؛ كذا في البزازية. وخرج عنه كما خرج بدل الكتابة ما لو دفع إلى محجور عشرة لينفقها على نفسه فقال إنسان كفلت بهذه العشرة لا تصح لأنه ضمن ما ليس بمضمون، فإن ضمن قبل الدفع بأن قال ادفع العشرة إليه على أني ضامن لك العشرة هذه يجوز، وطريقه أن يجعل الضامن مستقرضاً من الدافع ويجعل الصبي نائباً عنه في القبض، وكذا الصبي المحجور إذا باع شيئاً فكفل رجل بالدرك للمشتري إن ضمن بعد ما قبض الصبي الثمن لا يجوز، وإن قبل قبضه يجوز. محجوراً اشترى متاعاً وضمن رجل الثمن للبائع عنه لا يلزم الكفيل الثمن، ولو ضمن المتاع بعينه كان ضامناً؛ كذا في البزازية. وفي التتارخانية: لو ضمن بدل الكتابة وأدى رجع بما أدى. وفي جامع

نعرفه باسمه فهو جائز، وإن قالا كفل بنفس رجل لا نعرفه لا بوجهه ولا باسمه فالشهادة جائزة ويؤخذ الكفيل بالكفالة بمنزلة ما لو أقر عند القاضي أنه كفل لهذا بنفس رجل، ثم يقال بين أي رجل فإن بين فكذبه وقال المكفول به هذا كان القول قوله فبعد ذلك ينظر إن صدقه المكفول فيما بين فلا يمين عليه، وإن كذبه فإن يحلف عليه. وفي الذخيرة: فإن كذبه تعتبر فيه الدعوى للإنكار، فهذه المسألة دليل على أن في دعوى الكفالة لا تشترط تسمية المكفول عنده وذكر نسبه وقد قيل هذه المسألة يصلح دليلاً اهـ. قوله: **(لكن في البزازية الخ)** وفي إحكامات جامع الفصولين: كفل رجل لصبي لو كان الصبي تاجراً صحت الكفالة، ولو خاطب عنه أجنبي وقبل عنه توقفت على إجازة وليه، فإن لم يخاطب أجنبي ولا وليه وإنما خاطب الصبي عند أبي حنيفة لا تصح، وعند أبي يوسف تصح اهـ. قوله: **(فأمره فضمنته لمولاه)** أي فأمر المكاتب الرجل المديون والظاهر أن المراد أمره بأداء المال لمولاه فضمنه عنه لمولاه. قوله: **(وهذا أمر منه أن يدفع ما عليه لمولاه)** قال في النهر: هو ظاهر في أن هذا ليس بكفالة ببدل الكتابة فلا يرد بل أذن في قضاء الدين ومقتضاه أن للمكاتب أن يرجع على الآمر بالدفع ولا يصح أن يكون حوالة إذ لو كانت لعتق المكاتب بمجردها. قوله: **(وفي التتارخانية لو ضمن بدل الكتابة وأدى رجع بما أدى)** أي إذا ظن أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق ـ كما في جامع الفصولين ـ وكانت الكفالة بالأمر كما هو ظاهر وصرح به في النهر، وهذا بناء على أنه يرجع على المكاتب، ويظهر لي أن الرجوع على السيد لأن الكفيل ما يلزمه ما دفعه للسيد بسبب فساد الكفالة

. . . .

الفصولين: كفل مسلم عن ذمي بخمر لذمي قيل لا يصح مطلقاً، وقيل لو كنت الخمرة بعينها عند المطلوب يصح على قياس قول أبي حنيفة إذ يجوز عنده للمسلم أن يلزمه نقل الخمر كما لو أجر نفسه لنقلها ا هـ. ودخل فيه ما لو صادر الوالي رجلاً وطلب منه مالاً وضمن رجل ذلك وبذل الخط ثم قال الضامن ليس لك علي شيء لأنه ليس للوالي عليه شيء. قال شمس الإسلام: والقاضي يملك المطالبة لأن المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية؛ كذا في البزازية. فائدة: ذكر الطرسوسي في مؤلف له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال مستدلاً بأن عمر رضي الله تعالى عنه صادر أبا هريرة رضي الله تعالى عنه. وفي الدر المنثور في تفسير سورة يوسف في قوله تعالى ﴿اجعلني على خزائن الأرض﴾[يوسف: ٥٥] قال: اخرج ابن أبي حاتم والحاكم عن أبي هريرة قال: استعملني عمر على البحرين ثم نزعني وغرمني اثني عشر ألفاً ثم دعاني بعد إلى العمل فأبيت فقال: لم وقد سأل يوسف العمل وكان خيراً منك؟ فقلت: إن يوسف نبي ابن نبي ابن نبي وأنا ابن أمية وأنا أخاف أن أقول بغير علم وأن أفتي بغير علم وأن يضرب ظهري ويشتم عرضي ويؤخذ مالي ا هـ.

قوله: **(بكفلت عنه بألف)** بيان لألفاظها وهو صريح. أطلقه فشمل ما إذا كان الأصيل مطالباً به الآن أو لا، فتصح الكفالة عن العبد المحجور ربما يلزمه بعد عتقه باستهلاك أو قرض، ويطالب الكفيل به الآن كما لو فلس القاضي المديون وله كفيل فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل دون الكفيل؛ كذا في التتارخانية. وفي التتارخانية: رجل له مال على رجل فقال رجل للطالب ضمنت لك ما على فلان أن أقبضه وأن أدفعه إليك قال: ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده إنما هذا على أن يتقاضاه ويدفعه إليه، وعلى هذا معاني كلام الناس. ولو غصب من مال الرجل ألفاً فقاتله المغصوب منه وأراد أخذها منه فقال رجل لا تقاتله فأنا ضامن لها آخذها وأدفعها إليك لزمه ذلك، ولو كان الغاصب استهلك الألف وصارت ديناً كان هذا الضمان باطلاً وكان عليه ضمان التقاضي ا هـ. وفي البزازية: ضمن ألفاً على أن

وقد وقع إليه المال على ظن وجوبه عليه فله الرجوع به عليه فتأمل وراجع. قوله: **(لا تجوز إلا لعمال بيت المال)** قال في النهر: وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجبون أمواله ومن ذلك كتبته إذا توسعوا في الأموال لأن ذلك دليل خيانتهم ويلحق بهم كتبة الأوقاف ونظارها إذا توسعوا وعمروا الأماكن التي لا تنال إلا بعظيم المال وتعاطوا أنواع الملاهي في أغلب الأحوال، فللحاكم أخذ الأموال منهم وعزلهم، فإن عرف خيانتهم في وقف معين رد المال إليه إلا وضعه في بيت المال والله تعالى أعلم بحقائق الأحوال. قوله: **(وفي التتارخانية رجل له مال على رجل الخ)** يؤخذ من هذا أن الكفالة بالمال قسمان: كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه. قوله: **(ولو غصب من رجل ألفا الخ)** قال

. . . .

يؤديها من ثمن الدار هذه فلم يبعها لا ضمان على الكفيل ولا يلزمه بيع الدار ا هـ. وفيها قبله: كفل عنه بألف على أن يعطيه من وديعته التي عنده جاز إذا أمره بذلك، وليس له أن يسترد الوديعة منه فإن هلكت الوديعة برئ والقول فيه للكفيل، فإن غصبها المودع أو غيره وأتلفها برئ الكفيل ا هـ قوله: **(وبما لك عليه)** وسيأتي أنه لا بد من البرهان أنه له عليه كذا أو إقرار الكفيل وإلا فالقول له مع يمينه. وفي الخانية: رجل قال لجماعة اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالألف التي له على فلان ثم إن المديون أقام البينة أنه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل قبلت بينته وبرئ المطلوب عن دين الطالب، ولا يبرأ الكفيل عن دين الطالب لأن قول الكفيل كان إقراراً منه بالدين عند الكفالة فلا يبرأ الكفيل، ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة برئ المديون والكفيل جميعاً ا هـ. وفي جامع الفصولين: قال دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه إليك أنا أقبضه لا يصير كفيلاً ما لم يتكلم بلفظ يدل على الالتزام كقوله كفلت ضمنت على إليّ لو أتى بهذه الألفاظ منجزاً لا يصير كفيلاً ولو معلقاً كقوله لو لم تؤد فأنا أؤدّي فأنا أدفع يصير كفيلاً فهو نظير ما في قول من قال أنا أحج لا يلزمه شيء، ولو قال لو دخلت الدار فأنا أحج لزمه الحج إدا دخل ا هـ. وفي القنية: أنا في عهدة ما على فلان كفالة وكتبه الكفالة بالخط بعد طلب الدائن كفالة وإن لم يتلفظ بها ا هـ. وفي الملتقط: رجل جاء بكتاب سفتجة إلى رجل من شريكه فدفعه إليه فقرأه ثم قال ما كتبها لك عندي فهو ليس بضامن، وكذا لو قال الدافع اضمنها لي فقال قد أثبتها لك عندي، ولو قال كتبتها لك على أو قال أثبتها لك علي فهذا ضامن نأخذه به ا هـ. وقدمنا عن التتارخانية أنه لو قال للطالب لك عندي هذا الرجل كان كفيلاً به، فعلى هذا كلمة «عند» لا تفيد الكفالة بالمال وتفيدها بالنفس، وعلى هذا وقعت حادثة قال رجل للدائن لا تطالب فلاناً مالك عندي وأفتيت أنه لا يكون كفيلاً، وقدمنا عن الخانية في المعلقة بعدم الموافاة أن «عندي» كـ«على» فعلى هذا تكون «عندي» كـ«على» في التعليق فقط.

الرملي: وكذلك لو غصب فرساً وهي واقعة الفتوى إذ لا فرق بينهما فإن النقود تتعين في الغصوب فإذن حكمها حكم الأعيان، وأنت على علم بأن يصح ضمان العين المغصوبة كما هو صريح كلامه في شرائط المكفول به وسيأتي في المتن أيضاً صريحاً والله تعالى أعلم.

قوله: **(لو أتى بهذه الألفاظ منجزاً)** قال الرملي: أي أنا أدفعه أنا أسلمه أنا أقبضه. قوله: **(وعلى هذا وقعت حادثة الخ)** قال الرملي: كيف هذا مع أن قاضيخان علل المسألة بقوله لأن «عند» إذا استعمل في الدين يراد به الوجوب وهو يقتضي عدم الفرق بين التعليق وغيره أن النظر إلى القرينة الدالة تأمل. قوله: **(وقدمنا عن الخانية في المعلقة الخ)** قال في النهر وأقول: صرح في الخانية أن «عند» تفيد اللزوم إذا أضيفت إلى الدين غير مقيد بالتعليق فإذا طالبه بدينه فقال له لا تطالب مالك عندي كان كفيلاً؛ هذا هو الظاهر فتدبره اهـ. وكتب عليه الرملي ما نصه: أقول قال الغزي وأقول

ولو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً بكفلت عنه بألف وبمالك عليه وبما يدركك في هذا البيع

قوله: **(وبما يدركك في هذا البيع)** وهذا هو ضمان الدرك. والدرك لغة بفتحتين وسكون الراء اسم من أدركت الشيء ومنه ضمان الدرك؛ كذا في المصباح. واصطلاحاً الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع. وفي البزازية من آخر الدعوى في فصل الاستحقاق: وإن استحق المبيع وله كفيل بالدرك لا يرجع على الكفيل ما لم يجب على البائع فبعده هو بالخيار ولا يرجع على الكفيل بقيمة البناء والغرس ا هـ. وفي السراج الوهاج: فإذا استحق المبيع كان للمشتري أن يخاصم البائع أولاً فإذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له أن يأخذ الثمن من أيهما شاء، وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أن له ذلك وأجمعوا أنه لو ظهر المبيع حراً كان له أن يخاصم أيهما شاء ا هـ. قوله: **(وما بايعت فلاناً فعلي)** من أمثلة الكفالة بالمجهول. وفي المبسوط: ولو قال إذا بقته شيئاً فهو علي فباعه متاعاً بألف درهم ثم باعه متاعاً بعد ذلك بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لأن حرف «إذا» لا يقتضي التكرار بخلاف «كلما» و «ما» ومثل إذا «متى» و «إن». ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شيء لأن لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئاً فيصح رجوعه، يوضحه أن بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعاً للغرور عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة ا هـ. وفي الولوالجية: لو قال رجعت عن الكفالة قبل

أيضاً: المنقول في التتارخانية في الفصل الثاني من كتاب الكفالة أن من ألفاظ الكفالة إلي وعندي ثم قال: وإن مطلقه يعني لفظ عندي للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة اهـ. ما نقله الغزي. أقول: وهو يقتضي عدم الفرق كتعليل قاضيخان وأقول: ذكر الزيلعي في شرح قوله في الإقرار عندي معي الخ أن مطلقة يعني الكلام يحمل على العرف وفي العرف عندي إذا قرن بالدين يكون ضماناً له تنبه. وأقول: ومقتضى ذلك أن القاضي لو سأل المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندي كان إقراراً تأمل. قوله: **(لا يرجع على الكفيل ما لم تجب على البائع)** قال الرملي: أي لا يرجع عليه بالثمن ما لم يجب أي يثبت الثمن على البائع بسبب الاستحقاق فبعده هو بالخيار إن شاء رجع على البائع وإن شاء رجع على الكفيل، وإنما كان كذلك لاحتمال أن يجيز المستحق البيع فيبرأ الكفيل تأمل. قوله: **(وأجمعوا أن المبيع لو ظهر حراً الخ)** قال الرملي: وكذا لو ظهر وقفاً مسجلاً على ما أفتى به شيخ الإسلام أبو السعود العمادي مفتي الروم أو ظهر مسجداً تأمل. قوله: **(بخلاف كلما وما)** أي فإنه يقتضي التكرار، وظاهر كلام الفتح يفيد ترجيح خلافه حيث قال: فعليه ما يجب بالمبايعة الأولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية؛ ذكره في المجرد عن أبي حنيفة نصاً. وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله اهـ. قوله: **(وفي الولوالجية لو قال لو رجعت عن الكفالة**

وما بايعت فلاناً فعلى وما غصبك فلان فعلى وطالب الكفيل أو المديون إلا إذا شرط البراءة

المبايعة ثم بايعه لم يلزم الكفيل. فرق بين هذه المسألة وبين الكفالة بالذوب حيث إذا رجع الكفيل قبل الذوب لا يصح، والفرق أن في هذه المسألة هذه الكفالة مبنية على ما هو غير لازم وهو الأمر فإنه قال بايعه فما بايعته فهو على إن لم يقل بايعه فهو قائل دلالة فالأمر غير لازم، والمبني على الشيء يكون تبعاً له وتبع غير اللازم لا يكون لازماً، فأما الكفالة بالذوب غير مبنية على ما هو غير لازم ا هـ. وفي البزازية: فإن قال الطالب والمطلوب تبايعنا على كذا ولزم على كذا لا يلتفت إلى إنكار الكفيل ويؤاخذ بلا بينة، فإن نهاه الكفيل بعد الكفالة عن المبايعة ورجع عن الضمان صح نهيه ولا يجب عليه ضمان ما لزم بالمبايعة بعده، فإن أنكر الكفيل والمكفول عنه المبايعة بعده فبرهن على أحدهما بالمبايعة والتسليم لزمهما ا هـ.

قوله: **(وما غصبك فلان فعلي)** هو كذلك من أمثلة المجهول. وفي البدائع: لو قال إن غصبك فلان ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يجوز بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافاً له ا هـ. وفي القنية: ما غصبك فلان فعلي يشترط القبول للمال ا هـ. يعني لا عند الغصب، وكذا فيما قبله من ما بايعت وما ذاب. قيد بقوله «ما بايعت فلاناً» لأنه لو قال بايع فلاناً على أن ما أصابك من خسران فعلي لم يصح؛ كذا في البزازية. وفيها: إن غصب مالك واحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن من صح بخلاف قوله إن غصب مالك إنسان حيث لا يصح ا هـ. وفيها أيضاً: طلب من غيره قرضاً فلم يقرضه فقال رجل أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن فأقرضه في الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحاً يصح

الخ) ظاهره أنه لا يشترط أن ينهاه عن المبايعة كما أفاده في النهر. قوله: **(لأنه لو قال بايع فلاناً الخ)** قال الرملي: هو صريح بأن من قال استأجر طاحونة فلان وما أصابك من خسران فعلي لم يصح وهي واقعة الفتوى. قوله: **(بخلاف قوله إن غصب مالك إنسان الخ)** قال الرملي أقول في الدرر والغرر: أسلك هذا الطريق فإنه أمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن وباقي المسألة بحالها ضمن. وصار الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور في ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة في الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه إلى الماء والطحان كان عالماً به يضمن لأنه غار في ضمن العقد بخلاف المسألة الأولى لأنه ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وههنا العقد يقتضي السلامة؛ كذا في العمادية اهـ. وقال في النهر: ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فأنا ضامن لا تصح لجهالة المكفول عنه بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي فإنه يصح فأيهم بايعه فعلى الكفيل. والفرق أنه في الأولى ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين، وفي الثانية معينون. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع نحو كفلت بمالك على فلان

فحينئذ يكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة ولو طالب أحدهما كان

ويكفي هذا القدر قوله: **(وطالب الكفيل أو المديون)** لأنه موجبها ولو قال وطالبهما لكان أولى لبيان ذلك، وليفيد حكم طلب أحدهما بالأولى، وأشار إلى أن له حبس أحدهما. وفي البزازية من القضاء من فصل الحبس: وإذا حبس الكفيل يحبس المكفول عنه معه وإذا لوزم يلازمه لو الكفالة بأمره وإلا لا، ولا يأخذ المال قبل الأداء. دلت المسألة على جواب الواقعة وهو أن المكفول له يتمكن من حبس الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل وإن كثروا ا هـ. وسيأتي في الكتاب ما يشير إليه. ثم اعلم أنه يطالبهما إذا كان المال حالاً عليهما، فإن كان حالاً على أحدهما مؤجلاً على الآخر طالب من حل عليه فقط كما سنشرحه بعد إن شاء الله تعالى قوله: **(إلا إذا شرط البرءاة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة)** اعتباراً للمعنى فيهما مجازاً لا للفظ، وإذا صارت حوالة جرى فيها أحكامها، وكذا في عكسه تجري أحكام الكفالة. وفي وكالة البزازية: الوصاية حال حياته وكالة والوكالة بعد موته وصاية لأن المنظور المعاني ا هـ. وفي إجارتها وتنعقد بقوله أعرتك هذه الدار شهراً بكذا وكل شهر بكذا ولا تنعقد الإعارة بالإجارة حتى لو قال أجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية، وكذا لو قال وهبتك منافعها بلا عوض لا تكون عارية ا هـ. فاستعير لفظ العارية للإجارة دون عكسه وليس خارجاً عن قولهم الاعتبار للمعاني لأن معنى الإجارة وجد في الإعارة لأنها من التعاور وهو التناوب وهو معنى الإجارة حيث كان بعوض والإجارة لا تستعار للإعارة لأنها تفيد العوض والإعارة تفيد عدمه، وقدمنا في أول البيوع أن شركة المفاوضة يعتبر فيه لفظها لا المعنى وذكرنا الجواب عنه قوله: **(ولو طالب أحدهما كان له أن يطالب الآخر)** لما ذكرنا - قالوا - بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين لأن اختيار أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك، وأما المطالبة بالكفالة لا تتضمنه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء. وفي غصب البزازية: اختار المالك تضمين الغاصب الأول ورضي به الغاصب أو لم يرض لكن حكم له بالقيمة على الأول فليس له أن يرجع ويضمن الثاني، وإن لم يرض به الأول ولم يحكم به كان له أن يرجع ويضمن الثاني، فإن اختاره الأول ولم يعطه شيئاً وهو مفلس فالحاكم يأمر الأول بقبض ماله على الثاني ويعطيه له، فإن أبى المالك يحضرهما ثم يقبل البينة على الغاصب الثاني للغاصب الأول ويأخذ ذلك من الثاني فيقبضه اهـ.

أو فلان؛ كذا في الفتح اهـ. قلت: وذكر في الفتح أنه يجب كون أهل الدار ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين وإلا فلا فرق. قوله: **(ويكفي هذا القدر)** قال في النهر: وينبغي أن يكون ما بايعت فلاناً أو ما غصبك فعلي كذلك إذا بايعه أو غصب منه للحال اهـ. وفي إلحاق الثانية نظر فتدبر. قوله: **(لأنه موجبها)** أي لأنها ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الدين على الأول.

له أن يطالب الآخر ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كأن استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كان غاب عن المصر ولا يصح

قوله: **(ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كأن استحق المبيع)** أي ملائم لمقتضي العقد والملاءمة فيه بكونه سبباً لوجوبه عبر عنه بالشرط مجازاً لأن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري، ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بالصاع فإنه سبب وجوب الجعل، وقدمنا الكلام على الآية ومنه ما في الخلاصة ناقلاً عن الأصل: قال للمودع إن أتلف المودع وديعتك أو جحدك فأنا ضامن لك صح، وكذا إن قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح بخلاف إن أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائماً ا هـ. والإضافة إلى سبب الوجوب حقيقي كما في الكتاب وحكمي كما إذا كفل بالأجرة فإنها لا تجب على الكفيل إلا باستيفاء الأصيل أو التمكن أو شرط التعجيل كأنه مضاف إلى سبب الوجوب، وتمامه إجارة البزازية. قوله: **(أو لإمكان الاستيفاء كأن قدم زيد وهو مكفول عنه)** فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه، ولم يذكر الشارحون للمختصر مفهوم قوله «وهو مكفول عنه» ومفهومه أنه لو علقها بقدوم زيد الأجنبي لم يصح. وظاهر ما في القنية الصحة على الأصح قال فيهما لا يصح التعليق بشرط غير متعارف كدخول الدار أو قدوم زيد إلا أن الأصح ما ذكر أبو نصر أنه يصح بقدوم زيد؛ ذكره في تحفة الفقهاء ا هـ. وهو بإطلاقه شامل للأجنبي ولكن ينبغي أن يحمل على أنه مكفول عنه لقوله في العناية: قيد بكون زيد مكفولاً عنه لأنه كان أجنبياً كان التعليق به باطلاً كما في هبوب الريح ا هـ. وهكذا في فتح القدير. والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولاً عنه. قال في البدائع: لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو مضار به ا هـ. ويدل عليه أيضاً ما قدمناه من الأصح وعبارة البدائع أزالت اللبس وأوضحت كل

قوله: **(وفي غصب البزازية الخ)** قال في النهر: وفيه تقييد للأول اهـ. أي لقوله «بخلاف المغصوب منه الخ» قوله: **(كأن استحق المبيع)** أي كقوله إن استحق المبيع مستحق فعلي الثمن.

قوله: **(وعبارة البدائع أزالت اللبس الخ)** قال الرملي: الذي يظهر من عبارة البدائع أنه لا بد أن يكون وسيلة إلى الأداء في الجملة كأن يكون مضاربة أو مديونه أو وكيله وله معه مال أو غير ذلك، ولا يتعين أن يكون مكفولاً عنه فلا يصح التعليق بقدوم من لا يكون وسيلة إلى الأداء، وينبغي أن يكون هذا مراد صاحب العناية بقوله أجنبياً ويدل عليه قوله «كان التعليق به كما في هبوب الريح» ولا يكون كذلك إلا إذا كان أجنبياً من كل وجه اهـ، كذا رأيته بخط بعضهم اهـ. وقال في النهر وأقول: كون ما في القنية ظاهراً فيما ادعاه ممنوع لأن عبارته تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح. وقال القدوري في مختصره: ويجوز تعليق الكفالة بالشروط قال الأقطع إن كان الشرط لوجوب الحق أو لإمكان الاستيفاء جاز التعليق كأن استحق المبيع أو قدم زيد لأن الاستحقاق

بنحو أن هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالاً فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه

تخمين وحدس. وفي البزازية: قال ضمنت لك عن فلان ألفاً فإذا قدم فلان فأنا بريء منه إن كان فلان غريماً له بألف جاز شرط البراءة، فإن كان فلان أجنبياً ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذا الألف تصح الكفالة ويبطل شرط البراءة ا هـ. فكما يصح تعليقها بقدوم الأصيل يصح تعليق البراءة منها بقدومة قوله: **(أو لتعذره كان غاب عن المصر)** لأن غيبته سبب لتعذر الاستيفاء ومنه ما في المعراج: ضمنت كل مالك على فلان إن توى فهو جائز، وكذا إن مات ولم يدع شيئاً فهو ضامن، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي أو إن حل مالك على فلان فهو علي وإن مات فهو علي ا هـ. ومنه ما في البزازية: إن غاب ولم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فإن هذا على أن يوافي به بعد الغيبة. وعن محمد قال: إن لم يدفع مديونك مالك أو لم يقضه فهو علي، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا أدفعه ولا أقضيه وجب على الكفيل الساعة. وعنه أيضاً إن لم يعطك المديون دينك فأنا ضامن من إنما يتحقق الشرط إذا تقاضاه ولم يعطه ذلك. وفي الفتاوى: إن تقاضيت ولم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ولو بعد التقاضي. قال أنا أعطيك فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله أو أعطاه جاز، وإن طال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل. عبد مأذون مديون طالبه غريمه بكفيل خوفاً من أن يعتقه مولاه فقال رجل إن أعتقه مولاه فأنا ضامن جازت الكفالة ا هـ. ومنه ما في القنية: قال للدائن إن لم يؤد فلان مالك عليه إلى ستة أشهر فأنا ضامن له يصح التعليق لأنه شرط متعارف ا هـ.

قوله: **(ولا يصح بنحو إن هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالاً)** ومثله التعليق بنزول المطر ودخول الدار وقدوم زيد وهو غير مكفول عنه. وذكر الشارح أن المذكور في المختصر مذكور في الهداية والكافي وهو سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزم المال لأن الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم؛ ذكره قاضيخان وغيره. ولو جعل الأصل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب المال

للوجوب، وقدوم زيد يسهل به الأداء بأن يكون مكفولاً عنه أو مضراً ثم قال: الأصح ما ذكره أبو نصر أنه يصح بقدوم زيد وقد نص عليه في تحفة الفقهاء اهـ. نعم قوله «أو مضاربة» يعلم منه أنه لو كان القادم مديون المكفول عنه أو مودعه أو غاصبه جازت الكفالة المعلقة بقدومه لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة. ويحمل قوله في الفتح «فلو كان غير مكفول عنه» على ما إذا كان أجنبياً محضاً. وقوله «في الكتاب أو لإمكان الاستيفاء» يشمل ذلك وقوله «كأن قدم إلى آخره» مثال فقط وهذا فقه حسن فتدبره اهـ. قلت: ويظهر لي أن هذا هو مراد صاحب البحر فإن قوله «والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولاً» معناه أنه يجوز أن يكون مضارباً له ونحوه، وليس المراد أن الحق جواز كونه أجنبياً من

. . . .

حالاً ا هـ. وهو سهو منه فإن المصنف لم يقل فتصح الكفالة ويجب المال حالاً والموجود في النسخ المعتمدة الاقتصار على قوله: ولا تصح بنحو إن هبت الريح ولذا لم ينسب العيني السهو إلى المصنف وإنما نسبه إلى الهداية، فعلى هذا الأنسب أن يقرأ ولا تصح بالتاء أي الكفالة لا بالياء ليكون للتعليق، وكل منهما مخطئ في نسبته إلى الهداية وعبارة الهداية هكذا؛ فأما ما لا يصح بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إذا جلع كل واحد منهما أجلاً إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ا هـ. لأن قوله «إلا أنه تصح الكفالة» إنما يعود إلى الأجل بنحو إن هبت الريح لا إلى التعليق بالشرط. وقوله «لما صح تعليقها» معناه لما صح تأجيلها بأجل متعارف مجازاً ومجوزه عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما، وإنما صحت مع الأجل الغير المتعارف ولم تصح مع التعليق بغير المتعارف لأن التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في الأصول والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه

كل وجه بقرينة استدلاله بعبارة البدائع تأمل. قوله: **(وهو سهو منه الخ)** النسخة التي شرح عليها الزيلعي هكذا: ولا يصح بنحو إن هبت الريح وإن جعلا أجلاً فتصح الكفالة ويجب المال حالاً. وهكذا في النهر. فتحصل أن النسخ ثلاثة هذه والتي شرح عليها المؤلف بإسقاط «وإن جعلا أجلاً» والذي عزاه إلى النسخ المعتمدة من الاقتصار على قوله «ولا تصح بنحو إن هبت الريح» إذا علمت ذلك فاعلم أن الأخيرة لا إشكال فيها وكذا الأولى لأن قوله «فتصح الكفالة الخ» جواب قوله «وإن جعلا أجلاً» ويعلم منه أن الكفالة لا تصح في الأول إن كانت النسخة بالياء المثناة التحتية في قوله «ولا يصح» وإن كانت بالفوقية فهي نص في ذلك. وأما الثانية فاعتراض الزيلعي وارد عليها ولا يمكن الجواب عنه بما أجيب به عن الهداية أصلاً والعجب من الزيلعي حيث أورد الاعتراض على النسخة الأولى اللهم إلا أن يقال حمله على ذلك ما ذكره المصنف في الكافي فشرح كلامه بكلامه لأنه أدرى بمرامه فيتعين حينئذ أن تكون «إن» في قوله «وإن جعلا أجلاً» وصلية لا شرطية ليطابق الشرح المشروح. والعجب ما في النهر حيث شرح على ما في الزيلعي وقال: هكذا وقع في نسخة الزيلعي. ثم ذكر عبارة الهداية وذكر أن التعليل ظاهر فيما ذكره الزيلعي ثم ذكر تأويله بما ذكره المؤلف هنا ثم قال: وهذا الحمل ممكن في كلام المصنف إلا أن عدم ذكر التأجيل في كلامه يبعده بخلافه في عبارة الهداية، وإذا تحققت هذا علمت أن ما في البحر من أن ما قاله الشارح سهو مما لا تحرير فيه، وذلك لأن اعتراض الشارح على ما وقع في نسخته وهو صحيح، وكلام الهداية ظاهر فيما فهمه كما علمت والتأويل خلاف الأصل فكيف ينسب إلى السهو ما هذا إلا كبير سهو. نعم الثابت في أكثر النسخ «ولا يصح بنحو إن هبت الريح أو جاء المطر وإن جعلا أجلاً فتصح الكفالة ويجب المال حالاً أي لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم. ويعلم من قوله «وإن جعلا أجلاً فتصح» أنها في التعليق لا تصح لعدم صحته، وحينئذ فكون الأنسب أن تقرأ بالفوقية مع أن الكلام في التعليق

....

كما أشار إليه في العناية. وفي فتح القدير: فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلاً ومع الأجل الغير الملائم تصح حالاً ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف هذا بقوله «لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط» يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وإنما يبطل الشرط، والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال. وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل. هذا وظاهر شرح الأتقاني المشي على ظاهر اللفظ. وفي الخلاصة: كفل بماله على أن يجعل له الطالب جعلاً فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة

عدول عن الظاهر بما لا داعي إليه اهـ. فانظر هل في هذا شيء من التحرير سوى الكلام الأخير؟ هذا وذكر في الحواشي اليعقوبية أن ما ذكروه من التوجيه لكلام الهداية في غاية البعد ثم قال: فالظاهر فيه روايتان. وما ذكر في الفصولين من أن الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة موافق للرواية المذكورة في الهداية إلا أن قولهم الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار الالتزام، وتشبه البيع باعتبار المعاوضة انتهاء إذ الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى عنه فقلنا لا يصح بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه، ويصح بشرط ملائم عملاً بالشبهين يقتضي صحة الرواية المنقولة عن المبسوط. وأيضاً الكفيل لم يلتزم الكفالة إلا معلقة فلو جعل كفيلاً في الحال يلزم أن يكلف بما لم يلتزمه، والأصل أن المتبرع لا يلزمه ما لم يلتزمه اهـ ملخصاً: ويأتي بعده عن الرملي ما يؤيده ولكن يمكن تأويله بأن يجعل الشرط بمعنى التأجيل، ويدل عليه قوله «لو كفل إلى أن تهب الريح» فهذا صريح في التأجيل لا في التعليق والتأجيل كما سيذكره المؤلف وهكذا يؤول كلام الفصولين بحمل قوله لا تبطلها الشروط الفاسدة على ما إذا جعل الشرط أجلاً. وللعلامة الشرنبلالي رسالة في هذه المسألة أشبع فيها الكلام سماها «بسط المقالة في تحقيق تعليق الكفالة» فراجعها إن رمت المزيد، وتكلم عليها في أنفع الوسائل وأطال ونقل عن كتب كثيرة في بعضها التصريح بعدم صحة الكفالة لتعليقها بالشرط الغير الملائم كما قاله الزيلعي، وفي بعضها التصريح بصحة الكفالة ولزوم المال حالاً. وأيد هذا الأخير وارتضاه وارجع الأول إليه لكن خالفه الشرنبلالي في رسالته وأيد كلام الزيلعي والفتح والخانية من بطلان الكفالة وعدم لزوم المال، ورد على من جعل في المسألة قولين. أقول: والإنصاف أنهما قولان، فإن من اطلع على ما نقله في أنفع الوسائل من النقول لم يشك في أن العبارات متناقضة بعضها مصرح بصحة الكفالة ولزوم المال حالاً وبطلان التعليق، وبعضها مصرح بعدم صحة الكفالة وارتكاب التأويل عدول عن سواء السبيل لأن بعض العبارات لا يحتمله. قوله: **(وفي الخلاصة كفل بماله على أن يجعل له الطالب جعلاً الخ)** قال الرملي: ولو كفل رجل عن رجل على أن يجعل له جعلاً فهذا على وجهين: إما أن يكون الجعل مشروطاً في الكفالة أو لا، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالجعل باطل والكفالة جائزة، أما الجعل باطل لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب وإذا شرط له الجعل مع

وإلا صدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل فإن كفل بأمره رجع بما

باطلة ا هـ. وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة إذا كانت في صلبها ا هـ. وهكذا في معراج الدراية ونقل في البناية ما في العناية والمعراج ولم يتعقبه، وقد ظهر لي أنه لا حاجة إلى جعل التعليق بمعنى التأجيل بل المراد إنما صحت الكفالة مع هذا التأجيل لأن الكفالة لما صح تعليقها بشرط في الجملة وهو الملائم لم تبطل بالشروط الفاسدة والتأجيل بغير المتعارف شرط فاسد فلم تبطل به، ولا يخالفه فرع الخلاصة لأنه الأجل بعد العقد كما قدمناه فليس في صلبها. وفي الخانية: كفل عن رجل بدين له على أن فلاناً وفلاناً يكفلان عنه بكذا وكذا من هذا المال فأبى الآخران أن يكفلا. قال الفقيه أبو بكر البلخي: الكفالة الأولى لازمة ولا خيار له في ترك الكفالة ا هـ.

قوله: **(فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه)** لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الأصيل لأنه مدع قوله: **(وإلا صدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل)** أي وإن لم يبرهن فالقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفي العلم لا على البتات كما في الايضاح، ولا يكون قول المطلوب حجة عليه لأنه إقرار على الغير وهو معنى قوله «ولا ينفذ». قال العيني بالتشديد. قيد بقوله «على الكفيل» لأنه ينفذ على نفسه. قيد بقوله «بماله عليه» لأنه لو كفل بما ذاب لك على فلان أو بما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله وذاب بمعنى حصل وقد حصل بإقراره بخلاف الكفالة بمالك عليه فإنها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب والوجوب ثبت بإقراره. وخرج أيضاً ما إذا كفل بما قضى لك عليه فلا يلزمه إلا بقضاء القاضي ومثل مالك عليه ما أقر لك به أمس، فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل مالاً واجباً عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه

ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا والكفالة جائزة لأنها مطلقة غير معلقة بالجعل، فأما إذا كان الجعل مشروطاً في الكفالة ذكر أن الجعل باطل والكفالة باطلة، أما الجعل باطل لما بينا وكان يجب أن تصح الكفالة لأن الكفالة مما لا يبطلها الشروط الفاسدة ألَا ترى أنه لو كفل إلى أن تهب الريح أو تمطر السماء كان الشرط باطلاً والكفالة صحيحة فيجب أن يكون الجواب ههنا كذلك. والجواب عنه أن الكفالة متى بطلت إنما بطلت لأنه شرط فيها شرط فاسد فإن لم تصح من حيث إنه علقها بشرط للكفيل فيه منفعة لأن الكفيل ممن ينتفع بالجعل فلا بد من مراعاة الشرط لتثبت الكفالة، والشرط لم يثبت لما لم يستحق الجعل فلا تثبت الكفالة، وكان بطلان الكفالة من هذا الطريق لا من حيث إنه شرط بخلاف شرط هبوب الريح ومطر السماء لأنه شرط لا ينتفع به الكفيل، وإذا لم يكن للكفيل فيه منفعة لم تجب مراعاة هذا الشرط كما لو شرط في البيع شرط لا ينتفع به أحدهما، وإذا لم يثبت كانت الكفالة مرسلة. اهـ. من كفالة خواهر زاده. قول المصنف:

أدى عليه وإن كفل بغير أمره لم يرجع ولا يطالب الأصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه فإن لوزم

واجب عليه، فلو قال ما أقر به فأقر به للحال لزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يزمه لأنه لم يقل ما كان أقر لك، ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي اليمين فنكل لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل. وفي الخلاصة: رجل قال ما أقر به فلان فعلي فمات الكفيل ثم أقر فلان لزم في تركة الضامن وكذا ضمان الدرك، وإذا كفل بهذا اللفظ في صحته ثم مرض الكفيل فأقر المطلوب بألف لزم المريض جميع ما أقر به في جميع ماله؛ كذا في الخانية. وفي الخلاصة: رجل قال لآخر بايع فلاناً فما بايعته من شيء فهو علي صح؛ فإن قال الطالب بعته متاعاً بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ به الكفيل استحساناً بلا بينة، ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما. وفي فتاوى قاضيخان: رجل قال لغيره ما ذاب لك على فلان من حق أو ما قضى لك عليه من حق فهو علي، فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل أنه له على المكفول عنه ألف درهم لا تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه، ولو أقام المدعي على الكفيل بينة أن قاضي بلد كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم قبلت هذه البينة ويقضى على الكفيل بأمر ويكون ذلك قضاء على الغائب، ولو كفل رجل عن رجل بأمره بما للطالب على المكفول عنه فغاب الأصيل فأقام الطالب البينة على الكفيل أن له على فلان الغائب ألف درهم وأنه كفل له بأمر فلان الغائب قبلت هذه البينة ويكون ذلك قضاء على الحاضر وعلى الغائب ا هـ.

قوله: **(فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه)** لأنه قضى دينه بأمره ومعنى الأمر أن يشتمل كلامه على لفظة «عني» كأن يقول اكفل عني أو اضمن عني لفلان، فلو قال اضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال؛ كذا في فتح القدير. وخرج عنه مسألة في الخانية: لو قال ادفع له كل يوم درهماً عليّ على أن ذلك علي فدفع له كل يوم حتى اجتمع مال كثير فالكل على الكفيل ا هـ. وبه علم أن لفظة «عني» ليست شرطاً بل هي أو ما قام مقامها وهو على أن ذلك علي، وكذا الخليط يرجع بالإجماع وإن لم يقل عني. والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه؛ كذا في فتح القدير. وأطلق الأمر فشمل الحقيقي كما مثلنا، والحكمي كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات فأخذ من تركته فإن للورثة الرجوع في نصيب الابن لأنه كفالة بأمر الصبي حكماً لثبوت الولاية بخلاف ما إذا أدى الأب بنفسه ولم يشهد فإنه لا رجوع له لاحتمال أنه أدى تبرعاً كما هو العادة بخلاف ما

(فيما أمر بحلفه) أي على نفي العلم لا على البتات وأقول: وينبغي تقييده بما لو أقر بما يكفل به

. . . .

إذا أشهد فإن الصريح يفوق الدلالة؛ كذا في شرح المجمع للمصنف من المهر. ومن الأمر الحكمي ما في تلخيص الجامع الكبير: لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى عليه بها فبرهن المدعى عليها بالأمر وقضى بها على الكفيل وأدى فإنه يرجع على المديون، وإن كان مناقضاً لكونه صار مكذباً شرعاً بالقضاء عليه. وقال زفر: لا رجوع لأنه أقر أنه لا حق له حين جحدها ا هـ. وقول المطلوب اضمن عني لفلان كذا إقرار بالمال كما في الخانية وأطلق في قوله «كفل بأمره» وهو مقيد بمن يصح أمره فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين إذا أدى كفيلهما بالأمر لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه؛ وأما الصبي فلا رجوع عليه مطلقاً. ولو تكفل الكفيل بإذن وليه كما في المبسوط بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وإن لم يكن أهلاً لها. وأطلق في قوله «بما أدى» وهو مقيد بأن يؤدي ما ضمن، أما إذا أدى خلافه بأن كان المكفول به جيداً فأدى رديئاً أو بالعكس فإن رجوعه بما ضمن لا بما أدى لكونه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه الكفيل بالهبة أو بالإرث ولا يرد عليه أنه تمليك الدين من غير من عليه الدين لأننا نقل الدين إليه بمقتضى الهبة للضرورة وله نقله بالحوالة أو بجعل الدين الواحد كدينين بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى إن أدى أردأ من الدين وإن أدى أجود لم يرجع إلا بالدين لأن حق رجوعه إنما هو بالأداء بأمره، ولذا لا يملكه لو وهب له فيرجع بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بجنس آخر. وقوله «رجع بما أدى» مقيد بما إذا دفع ما وجب دفعه على الأصيل، فلو كفل عن المستأجر بالأجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لا رجوع له كما في إجارات البزازية. وأطلق فيما أدى فشمل ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف المكفول بها على خمسمائة فإنه يرجع بالخمسمائة لا بما ضمن وهو الألف لأنه إسقاط أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل. وفي فتح القدير من بيع الفضولي: إذا كفل بالمسلم فيه وأداه من ماله يصير مقرضاً حتى لا يرجع بقيمته إن كان ثوباً لأن الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعاً له ا هـ. وفي رهن الخانية: باع شيئاً وأخذ بالثمن كفيلاً بأمر المشتري فأدى الكفيل الثمن ثم هلك المبيع عند البائع فإن الكفيل لا يخاصم البائع ولا يرجع عليه بالثمن وإنما يخاصم المشتري ثم المشتري يرجع على البائع بما دفع الكفيل إليه ا هـ.

قوله: **(وإن كفل بغير أمره لم يرجع)** لأنه متبرع بإدائه عنه. أطلقه فشمل ما إذا كفل بغير أمره ثم أجازها لأن الكفالة لزمته ونفذت لعيه بغير أمر غير موجبة للرجوع فلا تنقلب

عادة حتى لو أقر بأن له عليه درهماً لم يقبل منه؛ كذا في النهر. قوله: **(قال العيني بالتشديد)** قال في النهر: وليس بمتعين.

قوله: **(وإنه كفل له بأمر فلان الغائب قبلت الخ)** قيد بقوله «بأمر فلان» لأنه بدون أمره يكون

....

موجبة له كما في الكافي. وهذا إذا أجاز بعد المجلس، أما إذا أجاز في المجلس فإنها تصير موجبة للرجوع؛ كذا في فصول العمادية. وفي آخر الولوالجية من الحيل: رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع إلي مالي على المكفول عنه حتى تبرأ عن الكفالة فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب، فالحيلة في ذلك أن يدفع الدين إلى الطالب ويهب الطالب مال المطلوب ويوكله بقبضه فيكون له حق المطالبة، فإذا قبضه يكون له حق الرجوع لأنه لو دفع إليه المال بغير هذه الحيلة يكون متطوعاً، ولو أدى بشرط أن لا يرجع لا يجوز ا هـ. وقد ذكر قاضيخان في هذا الكتاب مسائل الأمر بنقد المال وأنها على أربعة أقسام: منها ما يرجع المأمور على الآمر سواء قال ادفع عني أو لم يقل، خليطاً كان الآمر أو لا، وهي أن يقول اكفل لفلان بألف درهم علي أو انقده ألف درهم علي أو اضمن له الألف التي علي أو اقضه ماله عليه أو اعطه الألف التي له علي أو ادفع كذلك، ففي هذه كلها كلمة «علي» كعني. ومنها ما يرجع إن كان خليطاً وإلا لا لو قال ادفع إلى فلان ألفاً ولم يقل عني ولا علي فدفعها رجع إن كان خليطاً وإلا لا. ومنها ما لا رجوع فيه في جميع الأحوال إلا إذا شرط الآمر الضمان وقال على أني ضامن وهي ما لو قال هب لفلان عني ألفاً فإذا وهب المأمور كانت من الآمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللآمر الرجوع فيها والدافع متطوع، ولو قال على أني ضامن ففعل جازت وضمن الآمر للمأمور وللآمر الرجوع فيها دون الدافع، وكذا أقرض فلاناً ألفاً وكذا عوض عني فلاناً فإن قال على أن ترجع علي رجع وإلا فلا، وكذا كفر عن يميني بطعامك أو أد زكاة مالي بمال نفسك أو

قضاء على الحاضر فقط وستأتي المسألة متناً أوائل الفصل الآتي. قوله: **(ومعنى الأمر أن يشتمل الخ)** الظاهر أن هذا شرط فيما إذا كانت بصيغة الأمر من المطلوب وإلا فسيأتي في القولة الآتية أنه لو كفل بغير أمره ثم أجازها في المجلس تصير موجبة للرجوع بقيد آخر سنذكره تأمل. قوله: **(وبه علم أن لفظة عني ليست شرطاً الخ)** قال في النهر: وفيها أي في الخانية علي كعني فلو قال اكفل لفلان بألف درهم علي أو انقده ألف درهم علي أو اضمن له الألف التي علي أو اقضه ماله علي ونحو ذلك رجع بما دفع في رواية الأصل. وعن أبي حنيفة في المجرد إذا قال لفلان اضمن لفلان الألف التي له علي فضمنها وأدى إليه لا يرجع اهـ. وتأمله مع ما ذكره المؤلف عن فتح القدير. نعم ذكر في الفتح بعدما نقله المؤلف عنه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد فلعل رواية الأصل قول أبي يوسف تأمل. قوله: **(وأطلق في قوله بما أدى الخ)** قال في الولوالجية: ولو دفع الخليط زيوفاً أو نبهرجة لم يرجع على صاحب الأصل إلا بهما، ولو أدى الكفيل أو الحويل زيوفاً والدين جياد رجع على المكفول عنه بالجياد وكذا الحويل. والفرق أن الخليط مأمور بقضاء الدين عن الآمر فيرجع بحكم الإقراض، وأما الكفيل والحويل إنما يرجعان من حيث إنهما يملكان ما في ذمتهما، ويجوز أن يملك الجياد بالزيوف لأنها تصلح بدلاً عنها فكان لهما أن يرجعا بما ملكا في ذمتهما اهـ. فعلم أن الخليط غير كفيل بل مأمور

. . . .

أحج عني رجلاً أو أعتق عني عبداً عن ظهاري. وليس في نسختي بيان القسم الرابع الذي قال فيه أو لا أنه يرجع إن ذكر عني وإلا فلا قوله: **(ولا يطالب الكفيل بالمال قبل أن يؤدي عنه)** لأنه إنما التزم المطالبة وإنما يتملك الدين بالأداء فلا يرجع قبل التملك. فإن قلت: هل للكفيل أخذ الرهن من الأصيل قبل أن يؤدي عنه؟ قلت: نعم. قال في الخانية: كفل عن رجل بمال ثم إن المكفول عنه أعطى الكفيل رهناً ذكر في الأصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهناً بذلك جاز ا هـ. قيد بالكفيل لأن الوكيل بالشراء له الرجوع على الموكل قبل الأداء لما بينهما من المبادلة الحكمية حتى تحالفا لو اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل حبس المبيع إلى استيفاء الثمن قوله: **(فإن لوزم لازمه)** أي إن لازم الكفيل الطالب لازم الأصيل ليخلصه من هذه العهدة. وأشار إلى أنه لو حبس الكفيل حبس المطلوب، وقدمنا عن البزازية أنه مقيد بما إذا كانت الكفالة بأمره وإلا فلا يلازم الأصيل لأنه ما أدخله ليخلصه، وقدمنا أن للطالب حبسهما. وينبغي أن يقيد أيضاً بما إذا كان المال حالاً على الأصيل كالكفيل وإلا فليس له ملازمته، وسيأتي بيان الحلول على الكفيل وحده. وقيده في السراج الوهاج أيضاً بما إذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله وإلا فلا يلازمه. وأشار المؤلف إلى أن المحال عليه إذا لوزم وكانت الحوالة بأمر المحيل كان له أن يلازم المحيل ليخلصه عن ملازمة المحال له، وإذا حبسه كان له أن يحبسه إلا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله وقد احتال بماله عليه مقيداً فليس للمحال عليه أن يلازم المحيل إذا لوزم ولا يحبسه إذا حبس ا هـ.

قوله: **(وبرئ بأداء الأصيل)** أي برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءته لأنه لا

بقضاء الدين. قوله: **(أما إذا أجاز في المجلس فإنها تصير موجبة للرجوع)** أي إذا أجازها المطلوب أولاً ثم الطالب وإن بالعكس فلا رجوع كما سيذكره المؤلف عن السراج في شرح قوله و«بلا قبول الطالب في مجلس العقد» قوله: **(ولم يقل عني)** مفهومه أنه إن قال عني يرجع وإن لم يكن خليطاً وهذا هو القسم الرابع فافهم. قوله: **(فإن قلت هل للكفيل أخذ الرهن من الأصيل)** الأحسن والأوفق لعبارة الخانية أن يقال للأصيل دفع الرهن للكفيل لئلا يوهم إلزام الأصيل بذلك إذا طلبه الكفيل وعبارة الخانية لا تفيد ذلك تأمل.

قوله: **(وينبغي أن يقيد أيضاً بما إذا كان المال حالاً الخ)** يقيد أيضاً بما في القهستاني حيث قال: وإن حبس حبس هو المكفول عنه إلا إذا كان كفيلاً عن أحد الأبوين أو الجدين فإنه إن حبس لم يحبسه به يشعر قضاء الخلاصة اهـ. وفي حاشية أبي السعود: وقيده في الشرنبلالية بما إذا لم يكن من أصول الدائن، فإذا كان المدين أصلاً لا يحبس كفيله ولا يلازم لما يلزم من فعل ذلك بالأصيل وهو ممتنع اهـ. أقول: في دعوى اللزوم نظر بدليل ما في القهستاني وساق عبارته ثم قال: فهذا صريح في أن حبس الكفيل لا يمتنع وإن كان المدين من أصول رب الدين إنما الممتنع حبس الأصيل فقط

لازمه وبرئ بأداء الأصيل ولو أبرأ الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه ولا ينعكس ولو

دين عليه في الصحيح وإنما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين؛ هكذا ذكر الشارح تبعاً للهداية. وظاهره أن القائل بأن الكفيل عليه دين لا يبرأ بأداء الأصيل وليس كذلك بل يبرأ إجماعاً لأن تعدد الدين عند القائل به حكمي فيسقط بأداء واحد ا هـ. قوله: **(ولو أبرأ الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه)** لما قدمناه أنه يلزم من إبراء الأصيل إبراؤه والتأخير إبراء موقت فتعتبر بالإبراء المؤيد. وإنما قال أبرأ الأصيل أي أبرأ الطالب ولم يقل لو برئ الأصيل لأنه لا يلزم من براءته براءته لما في الخانية: ضمن له ألفاً على فلان فرهن فلان أنه كان قضاه إياها قبل الكفالة فإنه يبرأ الأصيل دون الكفيل، ولو برهن أنه قضاه بعدها يبرآن ا هـ. فقد برئ الأصيل في الوجه الأول فقط ولكن يخرج عنه حينئذ مسألة في الخانية هي لو مات الطالب والأصيل وارثه برئ الكفيل أيضاً لكون المطلوب ملك في ذمته فبرأ وبراءته توجب براءته، فعلى هذا لو عبر ببريء لشملها. ويجاب عما ذكرناه من فرع الخانية السابق بأنه ليس من باب البراءة وإنما تبين أن لا دين على الأصيل والكفيل عومل بإقراره كما

فلا يعول على ما في الشرنبلالية وإن تبعه بعضهم لكونه مخالفاً للمنقول اهـ. قلت: وبالله التوفيق لا مخالفة بينهما عند التحقيق لأن ما في القهستاني فيما إذا كان الدائن أجنبياً والمكفول أصلاً للكفيل وهو استثناء من حبس الكفيل للمكفول إذا حبسه الطالب، وما في الشرنبلالية فيما إذا كان الكفيل أجنبياً والمكفول أصلاً للدائن وهو استثناء من ملازمة الدائن وهو الطالب للكفيل. وحاصل الكلام حينئذ أن الطالب له ملازمة الكفيل إلا إذا كان المكفول أصلاً للطالب لما يلزم من ملازمته له وحبسه إياه حبس أصله بدينه بواسطة حبسه للكفيل وهذا ظاهر، وقد ذكره الشرنبلالي تفقهاً منه، وله في ذلك رسالة خاصة سماها «النعمة المجددة بكفيل الوالدة» ومبناها على سؤال صورته في امرأة استدانت من ابنها مالاً وكفلها بإذنها فيه أجنبي ثم إن الابن أراد حبس كفيل أمه فهل له ذلك؟ قال: فأجبت بأنه ليس له حبسه إذ يلزم من حبسه حبس الأم وأنه لا يجوز، ولكني أعجب من العلامة الشرنبلالي حيث فهم مخالفة كلام القهستاني لكلامه فأورده سؤالاً على ما قرره ثم أجاب بأني لم أر في الخلاصة ما يفيده، ومن ادعى إفادته فعليه البيان، وأنت قد علمت عدم المنافاة لأنه إذا كان الدائن أجنبياً وحبس الكفيل عن أصله أي أصل الكفيل لا يلزم محذور، نعم المحذور في حبس الكفيل مكفوله الذي هو أصله فلذا استثناه. هذا ما ظهر لي بعون الله تعالى فتأمله يظهر لك حقيقته إن شاء الله تعالى. وسيأتي في باب الحبس من كتاب القضاء عند قول المتن «ويحبس الرجل في نفقة زوجته لا في دين ولده» عن الخير الرملي أنه وقع الاستفتاء فيما ذكره الشرنبلالي من الصورة، وذكر الرملي هناك أن للكفيل حبس المديون الذي هو أصل الدائن لأنه إنما حبس لحق الكفيل ولذلك يرجع عليه بما أدى فهو محبوس بدينه الذي يثبت له أو سيثبت على قول من يجعلها ضماً في الدين، وعلى قول من يجعلها ضماً في المطالبة فلم يدخل في قولهم لا يحبس أصل في دين فرعه لأنه إنما حبسه أجنبي فيما ثبت له عليه اهـ. ومفاده أن للدائن الذي هو فرع المديون حبس الكفيل الأجنبي وإن لزم منه حبس أصله وهو

. . . .

لا يخفى. وخرج عن مسألة الكتاب ما إذا تكفل بشرط براءة الأصيل فإن الأصيل يبرأ دون الكفيل لكونها صارت مجازاً عن الحوالة. وفي جامع الفصولين: باع المديون بيع وفاء برئ كفيله فلو تفاسخا لا تعود الكفالة ا هـ. وهو يدل على أن الدين إذا عاد إلى الأصيل بما هو فسخ لا يعود على الكفيل، وسيأتي عن التتارخانية بيانه. وفي السراج الوهاج: ويشترط قبول الأصيل البراءة، فإن ردها ارتدت. وهل يعود الدين على الكفيل؟ فيه قولان وموت الأصيل كقبوله وإنما قال أو أخر عنه للاحتراز عما إذا تأخر المطالبة عن الأصيل لا بتأخير الطالب كالعبد المحجور إذا لزمه شيء بعد عتقه فكفل به إنسان فإن الأصيل تتأخر المطالبة عنه إلى إعتاقه ويطالب كفيله للحال، ومنه المكاتب إذا صالح عن دم عمد وكفل به رجل ثم عجز تأخرت المطالبة عن الأصيل دون الكفيل والمسألتان في الخانية معللاً بأن الأصيل إنما تأخرت عنه لإعساره، ومفهومه أن الأصيل لو كان معسراً ليس للطالب مطالبته ويطالب الكفيل لو موسراً. وفي التتارخانية: لو أجل الطالب الأصيل فلم يقبل صار حالاً عليهما، ولو أجله شهراً ثم سنة دخل الشهر في السنة والآجال إذا اجتمعت انقضت بمرة ا هـ. وفي النهاية: إن إبراء الأصيل وتأجيله يرتدان بالرد وإبراء الكفيل يرتد بالرد وأما تأجيله فلا يرتد بالرد ا هـ.

قوله: **(ولا ينعكس)** أي براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ولا التأخير عنه يوجب التأخير عن الأصيل لأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز. قيد بالتأخير أي التأجيل بعد الكفالة بالمال حالاً لأنه لو كفل بالمال الحال مؤجلاً إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلاً فيه، أما ها هنا بخلافه؛ كذا في الهداية. أطلقه في براءة الكفيل فشمل ما إذا قبل أو لم يقبل كما في السراج الوهاج، وأشار باقتصاره على عدم براءة الأصيل إلى أن الكفيل إذا أبرأه الطالب فلا رجوع له عليه بخلاف ما إذا وهبه الدين أو تصدق به عليه فإن له الرجوع على الأصيل. ولا بد من

مخالف لما أفتى به الشرنبلالي فليتأمل. قوله: **(وهو يدل على أن الدين الخ)** قال الرملي: تقدم في الكفالة ما هو صريح في ذلك فراجعه اهـ. قلت: وسيأتي قريباً في شرح قوله «ولا ينعكس» ما يخالفه. قوله: **(وفي السراج الوهاج ويشترط قبول الأصيل الخ)** قال الرملي وفي التتارخانية نقلاً عن المحيط: ولو وهب الطالب المال من المطلوب أو أبرأه منه فمات قبل الرد فهو بريء، وإن لم يمت ورد الهبة فرده صحيح والمال على المطلوب والكفيل على حاله، وإن رد الإبراء هل يبرأ الكفيل لا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه، منهم من قال لا يبرأ فهذا القائل سوى بين الهبة وبين الإبراء ومنهم من قال يبرأ الكفيل اهـ. فقوله في الشرح وهل يعود الدين على الكفيل أي بعد رد الأصيل البراءة. قوله: **(وفي التتارخانية لو أجل الطالب الأصيل الخ)** قال في النهر: فيه

. . . .

قبول الكفيل في الهبة والصدقة فلو كان الإبراء والهبة بعد موته فقبل الوارث صح فإن رد ورثته ارتد في قول أبي يوسف وبطل الإبراء لأنه إبراء لهم. وقال محمد: لا يرتد بردهم كما لو أبرأه في حياته ثم مات. ويستثنى من قوله براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ما في السراج الوهاج: لو أحال الكفيل الطالب على رجل فقبل الطالب والمحال عليه برئ الكفيل والأصيل لأن الحوالة حصلت بأصل الدين والدين أصله على المكفول عنه فتضمنت الحوالة براءتهما. ولو اشترط الطالب وقت الحوالة براءة الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا يبرأ المكفول عنه وللطالب أن يأخذ بدينه أيهما شاء إن شاء الأصيل وإن شاء المحال عليه، ولا سبيل له على الكفيل حتى يتوي المال على المحال عليه ا هـ. وكذا يستثنى منه ما في الخانية: إذا مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل عن الكفالة وبقي المال على المكفول عنه على حاله، وإن كانت الكفالة بغير أمره برئ المطلوب أيضاً لأنه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته. ولو ملك الكفيل المال في حياة الطالب بالقضاء أو الهبة يرجع على المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره وإن كانت بغير أمره لا رجوع ا هـ. ففيما إذا مات الطالب والكفيل وارثه وكانت بغير أمره لزم من براءة الكفيل براءة الأصيل. ثم اعلم أن قول صاحب الهداية فيما قدمناه لو كفل بالمال الحال مؤجلاً إلى شهر يتأجل عن الأصيل أيضاً محمول على غير القرض لما في التتارخانية: وإذا كفل بالقرض مؤجلاً إلى أجل مسمى فالكفالة جائزة والمال على الكفيل إلى الأجل المسمى وعلى الأصيل حال. وعزاه إلى الذخيرة ثم عزا إلى الغياثية: لو كفل بالقبرض فأخر عن الكفيل جاز ولا يتأخر عن الأصيل. ويخالفه ما صرح به في تلخيص

تأييد لقول من قال الإبراء المردود أن الدين يعود على الكفيل أيضاً. قوله: (**وإبراء الكفيل يرتد بالرد الخ**) ذكر مثله في الفتح وسيذكر المؤلف في شرح قوله «وبطل تعليق البراءة» نقل مثله عن الهداية أيضاً ثم ذكر بعده عن الخانية: لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر خارجاً. قال المؤلف هناك: فثبت أن إبراء الكفيل أيضاً يرتد بالرد قال في النهر وفيه نظر اهـ. أي لأن قوله أخرجتك ليس إبراء بل هو في معنى الإقالة لعقد الكفالة والإقالة تتم بالمتعاقدين فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة بخلاف الإبراء فإنه محض إسقاط فيتم بالمسقط؛ كذا في شرح المقدسي على نظم الكنز. قوله: (**ويستثنى من قوله براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل الخ**) قال في النهر: لا معنى لهذا الاستثناء بعد أن الكلام في الإبراء بمعنى الإسقاط على أنه في الفرع الأول إنما برئ الكفيل لبراءة الأصيل وسيأتي في الصلح ما يرشد إليه. قوله: (**وعزاه إلى الذخيرة**) يعني قوله والمال على الكفيل إلى الأجل المسمى وعلى الأصيل حال، وأما قوله «وإذا كفل بالقرض مؤجلاً» إلى قوله «جائزة» فقد رمز للمحيط. وقوله «ولو كفل بدين مؤجل» إلى قوله اهـ. هذا ذكره في التتارخانية معزياً إلى الغياثية بعد قوله «ولا يتأخر عن الأصيل» تنبه قاله الرملي. قوله: (**ويخالفه ما**

....

الجامع من أنه شامل للقرض فإن هذا هو الحيلة في تأجيل القروض وقدمناه في التأجيل. وللطرسوسي في أنفع الوسائل كلام فيه فراجعه. وفيها: ولو كفل بدين مؤجل ثم باعه الكفيل شيئاً بالدين قبل حلوله سقط، ولو قال البيع أو رد بالتراضي عاد الدين ولم يعد الأجل، ولو انفسخت الحوالة بالتوي عاد الأجل، وكذا لو باع الأصيل الطالب بدينه سقط فلو رد عليه بملك جديد عاد الدين على الأصيل ولم يعد على الكفيل، وبالفسخ من كل وجه يعود على الكفيل. ولو كان الأجل لأحد الكفيلين أكثر فحل على الآخر وأدى رجع على الأصيل حتى يحل على الآخر أو يرجع الآخر بنصفه ثم يتبعان الأصيل بالنصف ا هـ. وإذا لم يكن تأجيل الكيل تأجيلاً للأصيل فإذا أدى الكفيل قبل مضي الأجل لا رجوع له على الأصيل حتى يمضي الأجل باتفاق الروايات، وكذا إذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل، وكذا إذا حل على الأصيل بموته لا يحل على الكفيل. وعن أبي يوسف إذا كان على

صرح به في تلخيص الجامع الخ) نقل بعض الفضلاء عن الفتاوى الهندية تفصيلاً فقال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة من ثمن مبيع فكفل بها رجل إلى سنة فهذا على وجهين: إن أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه بأن قال أجلني ثبت الأجل في حق الكفيل وحده، وإذا لم يضف الأجل إلى نفسه بل ذكر مطلقاً ورضي به الطالب ثبت الأجل في حق الكفيل والأصيل جميعاً اهـ. فتأمل لعلك تحظى بالتوفيق. قوله: **(وللطرسوسي كلام الخ)** حيث نقل أولاً عن شرح مختصر الكرخي للقدوري وعن المحيط وخزانة الأكمال وشرح التكملة وغيرها مثل ما في التتارخانية ثم قال: فتحرر لنا من هذا كله أن الكفالة بالقرض إلى أجل تصح وتكون مؤجلة على الكفيل وحده وعلى الأصيل حال كما كان ولا يلتفت إلى ما قاله الحصيري من قوله في التحرير إذا كفل بالقرض إلى أجل يتأجل على الأصيل، وهذه الحيلة في تأجيل القرض فإن كل الكتب ترد ذلك ولم يقل هذه العبارة أحد غيره وإذا دار الأمر بين أن يفتي بما قاله الحصيري وحده أو بما قاله القدوري وكل الأصحاب فلا يفتي إلا بما قاله القدوري وبقية الأصحاب ولا يفتي بما قاله الحصيري ولا يجوز أن يعمل به، وكان بعض القضاة يحكم بما قاله الحصيري من غير أن يعرف أن الحصيري ذكره وإنما كان يقول سمعنا ذلك من المشايخ أنه هو الحيلة في تأجيل القرض وهو خطأ لا يجوز أن يعمل به. قوله: **(وبالفسخ من كل وجه يعود على الكفيل الخ)** قال الرملي: قدم في الإقالة عن الصغرى ولو رده بعيب بقضاء كان فسخاً من كل وجه فيعود الأجل كما كان، ولو كان بالدين كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين اهـ. فهو مخالف لما هنا فتأمل. وأقول: أعقب هذا في التتارخانية بنقول مخالفة لهذا فنقل عن المحيط أنه يبرأ الكفيل، سواء كان الرد بعيب بقضاء أو برضا. وما ذكره في هذا الشرح عنه نقله عن الفتاوى العتابية، ونقل بعده عن السغناقي عن المبسوط التفصيل بين الرد بالقضاء فيعود على الكفيل وبين الرد بالرضا فلا يعود. الحاصل أن فيها خلافاً بينهم تنبه. قوله: **(وأما ما عليه بالكفالة يبقى مؤجلاً هو الصحيح)** قال الغزي: هذا التصحيح مشكل فإن المنصوص عليه في الكتب المعتمدة وذكره المصنف

صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئا وإن قال الطالب للكفيل برئت إلي من المال

رجلين ألف مؤجل وكل واحد كفيل عن صاحبه فمات أحدهما أخذ ما عليه بالأصالة، وأما ما عليه بالكفالة يبقى مؤجلاً هو الصحيح؛ كذا في التتارخانية.

قوله: **(ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئا)** أي صالح الأصيل أو الكفيل الطالب على نفس الدين برئ الكفيل والأصيل، أما إذا صالح الأصيل فظاهر لأنه بالصلح يبرأ وبراءته توجب براءة الكفيل، وأما إذا صالح الكفيل فلأنه أضافه إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرئ عن خمسمائة، فبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لكونه مبادلة فملكه فرجع بالألف. أطلقه فشمل ما إذا شرط الكفيل براءتهما أو براءة الأصيل أو لم يشرط شيئاً، وأما إذا شرط براءة الكفيل وحده برئ دون الأصيل؛ هكذا ذكر الشارح. وليس المراد أن الطالب يأخذ البدل في مقابلة إبراء الكفيل عنها، وإنما المراد أن ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقي على الأصيل قال في الهداية: ولو كان صالحه عما استوجب من الكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة ا هـ. قال في النهاية: أي ما وجب بالكفالة وهو المطالبة صورته ما في المبسوط: لو صالحة على مائة درهم على أن إبراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة لأن إبراء الكفيل يكون فسخاً للكفالة ولا يكون إسقاطاً لأصل الدين ا هـ. وهكذا في فتح القدير وقال قبله: وإن شرط براءة الكفيل

أيضاً أن المال المكفول به يحل بموت الكفيل، ومقتضاه أن يكون ما عليه بالكفالة حالاً أيضاً وإن لم يحل على الأصيل. قال شيخ الإسلام عبد البر في شرح الوهبانية: فإن كان المال المكفول مؤجلاً في المبسوط أنه يحل بموت الكفيل ويؤخذ من تركته ولا ترجع الورثة على المكفول حتى يحل الأجل، وفي المجمع أن زفر يقول: إن ورثة الكفيل يرجعون في الحال ويسقط اعتبار الأجل اهـ. وفي الولوالجية: ولو مات الكفيل قبل الأجل حل عليه لأن الأجل يسقط بموت من له الأجل، فإن أدى ورثته لم يرجعوا على المطلوب إلا إلى أجله لأن الكفيل إنما يستحق الرجوع على الأصيل بالتزامه وقد التزم الدين مؤجلاً فلا يستحق الرجوع بالدين معجلاً ولا تقوم الورثة مقامه في الرجوع، فلو مات المطلوب قبل أجله حل عليه ولم يحل على الكفيل، أما الأصيل فلأنه مات من له الأجل، وأما الكفيل فلأنه لو أسقط الأصيل في حياته الأجل يسقط في حقه ولا يسقط في حق الكفيل لأنه يريد أن يلزم الكفيل زيادة لم يلتزمها الكفيل فكذا إذا سقط الأجل بموته اهـ؛ كذا في حاشية الرملي. قوله: **(صورته ما في المبسوط الخ)** هذا لا يظهر تصوير العبارة الهداية وإنما هو صورة ما إذا شرط براءة الكفيل وحده وهو ما قدمه عن الزيلعي لأن ما في المبسوط وقع فيه الصلح عن المال لا عما استوجبه الدائن على الكفيل من المطالبة فكلام النهاية غير محرر، ولذا ذكره في الفتح كالمتبرئ منه حيث قال:

رجع على المطلوب وفي برئت أو أبرأتك لا وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط والكفالة

وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والألف بتمامها على الأصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كان بأمره والطالب بخمسمائة. ا هـ وفي التتارخانية: الكفيل إن كان بالنفس إذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على أن أبرأه من الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها، فلو كان كفيلاً بالنفس والمال عن إنسان واحد وصالح على خمسين بالشرط برئ. ثم قال: الكفيل بالنفس إذا قضى الدين الذي على الأصيل على أنه يبرئه عن الكفالة ففعل جاز القضاء والإبراء، وأما إذا أعطاه عشرة ليبرئه عن الكفالة بالنفس فأبرأه لم يسلم له العوض باتفاق الروايات وفي براءته عنها روايتان ا هـ. وفي الخانية: لو صالح الكفيل الطالب على شيء ليبرئه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل ا هـ. وهو بإطلاقه شامل للكفالة بالمال والكفالة بالنفس قوله: **(وإن قال الطالب للكفيل برئت إلي من المال رجع على المطلوب)** أي الكفيل على الأصيل معناه إذا ضمن بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء فيرجع فصار كإقراره بالقبض منه أو النقد منه أو الدفع إليه، واستفيد منه براءة المطلوب للطالب لإقراره كالكفيل قوله: **(وفي برئت أو أبرأتك لا)** أي في قول الطالب للكفيل برئت ـ بفتح التاء ـ أو أبرأتك لا يرجع الكفيل على المطلوب، أما في أبرأتك فلا خلاف فيه لأنه إبراء لا ينتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء. وأنت في حل بمنزلة أبرأتك، وأما في برئت فقال محمد: هو مثله لاحتماله البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا رجوع بالشك. وقال أبو يوسف: هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء. وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل حتى في «برئت إلي» لاحتمال لأني أبرأتك مجازاً وإن كان بعيداً في الاستعمال؛ كذا في النهاية. وفي فتح القدير: والحوالة كالكفالة في هذا. قيد بقوله «برئت» لأنه لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها كان إقراراً بالقبض عندهم جميعاً كقوله برئت إلي بقضية العرف فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء، وإن حصلت

وجعل في النهاية صورة هذه المسألة ما في المبسوط الخ. قوله: **(وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه)** قال في النهر: والظاهر أن في لفظ الحل لا يرجع إليه لظهور أنه مسامحة إلا أنه أخذ شيئاً اهـ. وفيه نظر يظهر بأدنى نظر. ثم إن عبارة المؤلف تفيد ضعف هذا القول وعبارة فتح القدير «قالوا في شروح الجامع الصغير: هذا إذا كان الطالب غائباً فأما إذا كان حاضراً الخ». ومشى عليه في متن الغرر والملتقى وجزم به الزيلعي وابن الكمال. قوله: **(وفي فتح القدير والحوالة كالكفالة في هذا)** يوهم أنه لو أبرأ المحتال المحتال عليه براءة إسقاط أنه لا يرجع

. . . .

بالإبراء لا يكتب عليه الصك فجعلت الكتابة إقراراً بالقبض عرفاً ولا عرف عند الإبراء؛ كذا في فتح القدير. واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي؛ منهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأني من المال الذي ادعاه، ومنهم من قال لا يكون إقراراً لأن الدعوى تكون بحق وبباطل؛ كذا في فتح القدير. وفي البزازية من الدعوى: دعوى البراءة عن الدعوى لا يكون إقراراً بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون، ودعوى البراءة عن المال إقرار وقول المتقدمين أصح اهـ.

قوله: **(وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)** لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراآت، ويروى أنه يصح لأنه عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتد إبراء الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل؛ كذا في الهداية. وظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح. وذكر الزيلعي الشارح أنه لا يصح التعليق أيضاً وإن لم يكن عليه إلا المطالبة لما فيه من تمليك المطالبة وهي كالدين لأنها وسيلة إليه والتمليك لا يقبله. وفي الخانية: لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر خارجاً ا هـ. فثبت أن إبراء الكفيل أيضاً يرتد بالرد. وفي المعراج: قيل المراد بالشرط الشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلاً كدخول الدار ومجيء الغد لأنه غير متعارف، أما إذا كان متعارفاً فإنه يجوز كما في تعليق الكفالة لما في الإيضاح: لو كفل بالمال والنفس وقال إن وافيتك غداً فأنا بريء من المال فوافاه غداً يبرأ من المال، فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة

المحال عليه على المحيل مع أن المحتال عليه إذا أدى الدين ولو حكما له الرجوع والأداء الحكمي مثل ما لو وهبه إياه المحال كما سيأتي في بابه فتأمل. قول المصنف: **(وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)** أقول: الظاهر أن إضافة تعليق إلى البراءة من إضافة الصفة إلى موصوفها والمعنى: وبطلت البراءة المعلقة بالشرط وإذا بطلت البراءة المذكورة تبقى الكفالة على أصلها فللطالب المطالبة بدليل التعليل فإن البراءة لما كان فيها معنى التمليك لم تصح بالتعليق كما أن التمليك المعلق لا يصح. وليس المراد أن تعليق البراءة باطل لتكون البراءة صحيحة منجزة إذ لو كان كذلك لبطلت الكفالة ولما صح التعليل فإن البراءة من الكفالة فيها معنى التمليك والتمليك المعلق بالشرط غير صحيح، وأما نفس التعليق فليس فيه معنى التمليك فتعين أن الذي بطل هو البراءة المعلقة لا نفس تعليقها، وحينئذ فتبقى الكفالة صحيحة على أصلها تأمل. ثم رأيت في هامش نسختي شرح المجمع وهي نسخة قديمة مكتوبة على نسخة شارحه بخط بعض العلماء مكتوباً على الهامش عند قول المتن «ولا يصح تعليق البراءة منها بالشرط» ما نصه: معناه أن الكفالة جائزة والشرط باطل اهـ. وهذا عين ما فهمته ولله الحمد. قوله: **(فثبت أن إبراء الكفيل أيضاً يرتد بالرد)** أقول: هذا رد على قول الهداية السابق ولهذا لا يرتد بالرد لكن يمكن أن يقال إن ما في الخانية مبني على خلاف الصحيح تأمل. وقدمنا قبل

. . . .

بالمال، وكذا إذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز؛ ذكره في مبسوط شيخ الإسلام. فعلم أن المراد بالشرط الشرط الغير المتعارف، واختلاف الروايتين في صحة التعليق محمول على هذا، فرواية عدم الجواز فيما إذا كان غير متعارف، ورواية الجواز فيما إذا كان متعارفاً ا هـ. فعلى هذا فكلام المؤلف محمول على شرط غير متعارف. وأراد من الكفالة الكفالة بالمال احترازاً عن كفالة النفس فإنه يصح تعليق البراءة منها على تفصيل مذكور في الخانية قال: إذا علق براءة الكفيل بالنفس بشرط فهو على وجوه ثلاثة: في وجه تجوز البراءة ويبطل الشرط نحو أن يكفل رجل بنفسه رجل فأبرأه الطالب عن الكفالة على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم جازت البراءة ويبطل الشرط، وإن صالح الكفيل المكفول له على مال ليبرئه عن الكفالة لا صح الصلح، ولا يجب المال على الكفيل ولا يبرأ عن الكفالة في رواية الجامع وإحدى روايتي الحوالة والكفالة، وفي رواية أخرى يبرأ عن الكفالة. وفي وجه تجوز البراءة والشرط وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل وبما عليه من المال فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع المال إلى الطالب ويبرئه عن الكفالة بالنفس جازت الكفالة والشرط. وفي وجه لا يجوز كلاهما وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل خاصة فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع إليه المال ويرجع بذلك على المطلوب فإنه يكون باطلاً ا هـ.

قوله: **(والكفالة بحد وقود)** أي بطل التكفيل بحد وقود لأنه يتعذر إيجابه عليه لعدم جريان النيابة في العقوبة لعدم حصول المقصود منها وهو الزجر. قيد الكفالة بنفس الحد والقود لأن الكفالة بنفس من عليه يجوز؛ وصرح به في البناية وأشار إليه في الهداية. وقدمنا أنه لا يجوز بنفس من عليه في الحدود الخالصة فليراجع في شرح قوله «ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود» قوله: **(ومبيع ومرهون وأمانة)** أي وبطلت الكفالة بالمبيع والمرهون. أما الكفالة بالمبيع للمشتري فلأن المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي لكن إنما تصح بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء أو المغصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون لأن من شرطها أن يكون المكفول مضموناً على الأصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه أو دفع مثله، والمبيع قبل القبض ليس بمضمون على البائع حتى لو هلك لا يجب عليه شيء

ورقتين الجواب بأن ما في الخانية إقالة لعقد الكفالة لا إبراء. قوله: **(الذي لا منفعة للطالب فيه الخ)** أقول: الظاهر أن منه ما سلف عنه من قول الكفيل كفلت لك فلاناً على أنك إن طالبتني بما عليه قبل حلول أجل الدين فلا كفالة لك علي ثم طالبه قبل حلول الأجل، فالذي يظهر بطلان البراءة المعلقة وبقاء الكفالة صحيحة على أصلها لأنه لا نفع في هذا الشرط للطالب تأمل. قوله: **(قيد**

بحد وقود ومبيع ومرهون وأمانة وصح لو ثمنا ومغصوباً ومقبوضاً على سوم الشراء ومبيعاً

وإنما ينفسخ به البيع، والمرهون غير مضمون على المرتهن بنفسه وإنما يسقط دينه إذا هلك فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل، وهو ليس بواجب على الأصيل. أطلقه فشمل ما إذا ضمن الرهن عن المرتهن للراهن أو عكسه؛ كذا في جامع الفصولين. وأما الأمانة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمستأجر في يد المستأجر فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل وهي غير مضمونة على الأصيل وقالوا: رد الوديعة ليس بواجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها. قيد بالكفالة بالعين لأن الكفالة بتسليمها أمانة أو مضمونة صحيحة، وفائدته حينئذ إلزام إحضار العين وتسليمها، ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة وزان الكفالة بالنفس سواء. وما ذكره شمس الأئمة السرخسي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وكذا في المبسوط. ونص القدوري أنها بتسليم المبيع جائزة، ونص في التحفة على جميع ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة. والوجه عندي أن لا فرق بين الثلاث الأول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الآمانات إذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب. فإن قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها إليه فنقول: فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلي بينه وبينها بعد إحضاره إليها. ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن حمل المردود إليه. قال في الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة؛ كذا في فتح القدير. ورده على شمس الأئمة السرخسي مأخوذ من معراج الدراية ويساعده قول الشارح ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة. وقيل: إن كان تسليمه واجباً على الأصيل كالعارية والإجارة جاز وإلا فلا، فأفاد أن التفصيل بين أمانة وأمانة ضعيف.

قوله: **(وصح لو ثمناً ومغصوباً ومقبوضاً علي سوم الشراء ومبيعاً فاسداً)** أي صح الضمان لو كان المضمون إلى آخره. أما الثمن فلكونه ديناً صحيحاً مضموناً على المشتري، وأما ما عداه فلكونه مضموناً بنفسه على الأصيل لأنه إذا هلك وجبت قيمته وهي كهو.

بالكفالة بالعين الخ) فرع ذكر في نور العين يرمز الجامع ما نصه: رب المتاع لو أخذ من مستعيره أو غاصبه برده كفيلاً صح، ولو رد رجع عليه بأجر مثل عمله إذ الكفيل بأمر يرجع بما ضمن وشمل عمله أجر عمله، ولو أخذ به وكيلاً لا كفيلاً لا يجبر على رده لتبرعه بخلاف الكفيل اهـ. قوله: **(وما ذكره شمس الأئمة السرخسي إلى قوله باطل)** أخذه صاحب الفتح من الدراية ولم يلتفت إليه في العناية قال في النهر: وفيه نظر لأن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها لأن هذا أمر موهوم ومن حفظ حجة على من لم يحفظ. قوله: **(والوجه عندي أن لا فرق الخ)** رد على التفصيل الآتي المنقول عن الشارح الزيلعي.

فاسداً وحمل دابة معينة مستأجرة وخدمة عبد استؤجر للخدمة وبلا قبول الطالب في مجلس

ويستثنى من الثمن ما باع به صبي محجور عليه فكفل به رجل أو كفل بالدرك بعدما قبض الصبي الثمن لم تصح الكفالة لكونه كفل بما ليس بمضمون على الأصيل، وإن كفل بالدرك قبل قبض الصبي صحت؛ كذا في الخانية. ومما تصح به الكفالة من الأعيان بدل الصلح عن الدم لو كان عبداً فكفل به إنسان صحت، فإن هلك قبل القبض فعليه قيمته، ومنها المهر وبدل الخلع لأن هذه الأشياء لا تبطل بهلاك العين؛ كذا في الخانية. لو كفل بالثمن فاستحق المبيع برئ الكفيل، وكذا لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط، ولو كفل المشتري بالثمن لغريمه ثم استحق المبيع برئ الكفيل، ولو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء لا. ولو كفل بالمهر عنه ثم سقط عنه كله قبل الدخول أو نصفه قبله برئ الكفيل عن الكل في الأول وعن النصف في الثاني حكماً لبراءة الزوج. ولو كفل بالثمن ثم ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما دفعه إن شاء على البائع وإن شاء على المشتري، وإن فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطاً فاسداً فالرجوع للمشتري على البائع وتمامه في التتارخانية هنا. وذكر في باب خيار الشرط لو كان بالثمن كفيل ففسخ المشتري فلم يرد المبيع إلى البائع فله مطالبة الكفيل بالثمن حتى يرد المشتري المبيع اهـ. وهو مخالف لقوله هنا إن الكفيل يبرأ بفسخ البيع بخيار الشرط ونحوه فليتأمل. وأما ضمان المغصوب فإن كان المضمون عيناً قائماً فيلزم الضامن إحضارها وتسليمها لا قيمتها إن هلكت، وإن كان المضمون مستهلكاً فالمضمون قيمته لما في السراج الوهاج: ولو ادعى على رجل أنه غصبه ألف درهم وهو في يده أو في منزله أو ادعى شيئاً يكون ديناً من مكيل أو موزون فضمن له رجل ما ادعى كان على الضامن أن يأتي بذلك الشيء بعينه، فإن لم يأت بذلك الشيء لم يضمن حتى يستحقه المدعي على المدعى عليه، وإن ادعى ألفاً مستهلكة أو كراً مستهلكاً فضمنه رجل فهو ضامن من ساعته وإن لم يقم المدعي بينة لأن العين ما دامت باقية فالضمان ينصرف إلى إحضارها ولا ينصرف إلى تسليمها إلا بعد الاستحقاق، وإن كانت هالكة فالضمان ينصرف إلى القيمة فصار ضمانه دلالة على الاعتراف بالضمان اهـ. والمقبوض على سوم الشراء إنما يكون من هذا النوع إذا سمي له ثمن وإلا فهو أمانة كما قدمناه في البيوع قوله: **(وحمل دابة معينة مستأجرة وخدمة عبد استؤجر للخدمة)** أي وبطلت الكفالة بحمل دابة إلى آخره لأنها إذا كانت معينة كان الكفيل عاجزاً عن تسليمها لأنه لا ولاية له في الحمل على دابة الغير لأنه لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة لأنه أتى بغير المعقود عليه. قيد بكونها معينة لأنها لو كانت بغير عينها

قوله: **(ولو كفل المشتري بالثمن لغريم ثم استحق المبيع برئ الكفيل الخ)** قال في النهر: والفرق بينهما فيما يظهر أنه مع الاستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشتري وفي الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعد ما تعلق حق الغريم به فلا يسري عليه. قوله: **(وإن فسد بعد صحته الخ)**

. . . .

جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق. وقيد بالحمل لأنه لو كفل بتسليم الدابة المعينة يجوز كما قدمناه. وفي فتح القدير: والحاصل أنه إن كان الحمل على الدابة بتسليمها فينبغي أن تصح الكفالة لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكاً لغير الكفيل، وإن كان التحميل ينبغي أن لا يصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصيل. والحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب، وما ذكرنا من الحمل عليها ففي المعينة لا يقدر على الإذن في تحميلها إذ ليس له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل، وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها اهـ.

قوله: **(وبلا قبول الطالب في مجلس العقد)** أي وبطلت الكفالة بلا قبول الطالب في مجلس الإيجاب أي لم تنعقد أصلاً، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز إذا بلغه فأجاز. ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة وهو الأظهر عنه والخلاف في الكفالة في النفس والمال جميعاً له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه الظاهر عنه، ووجه التوقف ما قدمناه في الفضولي في النكاح. ولهما أن فيهما معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس إلا أن يقبل عن الطالب فضولي فإنه يصح ويتوقف على إجازته وللكفيل أن يخرج نفسه عنها قبل إجازته؛ كذا في شرح المجمع والحقائق. وبه علم أن قبول الطالب بخصوصه إنما هو شرط النفاذ، وأما أصل القبول في مجلس الإيجاب فشرط الصحة، فلو حذف الطالب في الكتاب لكان أولى كما فعل في الإصلاح ونبه عليه في الإيضاح. وفي البزازية: الفضولي لو فسخ الموقوف لا يصح؛ كذا في البزازية. وفي البزازية: الفتوى على قول الثاني. قيد بالإنشاء لأنه لو أخبر عن الكفالة

قال في النهر: وكان الفرق بينهما أن بظهور الفساد تبين أن البائع أخذ شيئاً لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه وإن ألحقا به شرطاً فاسداً لم يتبين أن البائع حين قبضه قبض شيئاً لا يستحقه. قوله: **(ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة)** هذه عبارة الهداية. قال في الفتح: أي نسخ كفالة الأصل عن أبي يوسف بل إنه نافد إن كان المكفول عنه غائباً. قوله: **(ووجه التوقف)** قال الرملي: أي التوقف على الإجازة اهـ. وقوله «ما قدمناه الخ» قال في الفتح: وهو أن شطر العقد يتوقف حتى إذا عقد فضولي لامرأة على آخر توقف على الإجازة كما إذا كان عقداً تاماً بأن خاطب عنه فضولي آخر، وعندهما لا يتوقف إلا أن خاطب عنه فضولي آخر فلا يتوقف عندهما إلا العقد التام. قوله: **(وبه علم الخ)** قال في الفتح قالوا: إذ قبل عنه قابل توقف بالإجماع وحينئذ فقوله لا يصح إلا بقبول المكفول له غير صحيح بل الشرط أن يقبل في المجلس إن كان حاضراً فينفذ أو يقبل عنه فضولي إن كان غائباً فيتوقف إلى

العقد إلا أن يكفل وارث المريض عنه وعن ميت مفلس وبالثمن للموكل ولرب المال به

حال غيبة الطالب يجوز إجماعاً. ولو اختلفا فقال الطالب أخبرت وقال الكفيل كان إنشاء فالقول للطالب؛ كذا في البزازية. وفي السراج الوهاج: لو قال ضمنت ما لفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولي ثم بلغهما فأجازا فإن أجاز المطلوب أولاً ثم الطالب جازت وكانت كفالة بالأمر، وإن كان على العكس جازت وكانت بغير الأمر، وإن لم يقبل فضولي عن الطالب لم تجز مطلقاً عندهما، وكذا لو كان الطالب حاضراً وقبل ورضي المطلوب فإن رضي قبل قبول الطالب رجع عليه، وإن بعده فلا رجوع اهـ قوله: **(إلا أن يكفل وارث المريض عنه)** بأن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لأن ذلك وصية في الحقيقة ولذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا: إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه. وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كما إذا كفل بنفسه كالأمر بالنكاح. قيد بالوارث لأن المريض لو قال ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال بالجواز تنزيلاً للمريض منزلة الطالب، ومنهم من قال بعدمه لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض والصحيح سواء والأول أوجه؛ كذا في فتح القدير. وحقق أنها كفالة لكن يرد عليه توقفها على المال كما قدمناه. وقيد بالمريض لأن الصحيح لو قال ذلك لوارثه أو غيره لم يصح ومن هنا يقال إنها ليست كفالة من كل وجه لأنها لا تصح إلا إذا كان للمريض مال، فلو كانت كفالة مطلقاً لصحت مطلقاً وليست وصية من كل وجه لأنها لو كانت وصية مطلقاً لصح الأمر من الصحيح ولذا قال في معراج الدراية في تعليل الكتاب بأن ذلك وصية في الحقيقة نظر إذ لو كانت وصية حقيقة لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض إلا أن يؤول بأنه في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد اهـ. وقد يقال: لا فائدة في هذه الكفالة لأن الوارث مطالب بقضاء دين الميت من مال الميت سواء قال له المريض تكفل عني أو لا، وإذا لم يكن له تركة لا مطالبة عليه، سواء قال له ذلك أم لا، فأي فائدة فيها؟ وقد وقع الاشتباه لعدم الإطلاع على نقل فيما إذا تكفل بعض الورثة بأمر المريض وكان له مال غائب، هل يطالب الكفيل بقضاء دين الميت من ماله ثم يرجع في التركة أو لا؟ ولهذا قال في السراج الوهاج: إن الورثة يطالبون بدين مورثهم بلا ضمان والضمان ما زاده إلا تأكيداً. وقيد في الهداية المسألة بأمر المريض لورثته لأن الورثة لو قالوا ضمناً للناس كل دين لهم عليك ولم يطلب

إجازته أو رده اهـ. قوله: **(وفي البزازية الفتوى على قول الثاني)** قال الرملي: وفي أنفع الوسائل صرح بأن الفتوى على قولهما. قوله: **(وقد يقال لا فائدة في هذه الكفالة الخ)** قال في النهر: قد يدفع بأن فائدتها تظهر في تفريغ ذمته. قوله: **(وقد وقع الاشتباه)** ابتداء كلام وقوله «لعدم الاطلاع على نقل»

....

المريض ذلك منهم والغرماء غيب لم يصح، ولو قالوا ذلك بعد موته صحت الكفالة، وروي عن أبي حنيفة جواز كفالتهم في مرضه وإن لم يطلب المريض منهم ذلك؛ كذا في السراج الوهاج والخانية. وفي البدائع: وأما مسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا: إن جواز الضمان بطريق الإيصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة، وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة. ووجه ما أشار إليه أبو حنيفة في الأصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الإشارة والله أعلم أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الأجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم، ولو قال أجنبي للورثة اضمنو الغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفي به فكذا المريض اهـ.

قوله: **(وعن ميت مفلس)** أي وبطلت الكفالة عن ميت مفلس وهذا عند أبي حنيفة. وقالا. صحيحة لما روي أن رسول الله ﷺ أتى بجنازة رجل من الأنصار فسأل هل عليه دين؟ قالوا: نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال: صلوا على أخيكم. فقام أو قتادة فقال: هما علي يا رسول الله فصلى عليه. ولأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة.، ولو تبرع به إنسان يصح ولذا يبقى إذا كان به كفيل. وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لأنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة. والتبرع لا يعتمد قيام الدين. وإذا كان له كفيل أو له مال فخلفه إذ الإفضاء إلى الأداء باقٍ. أطلقه فشمل ما إذا كان الكفيل أجنبياً أو وارث الميت ولو ابنه؛ كذا في المعراج. والجواب عن الحديث أنه يحتمل الإقرار عن كفالة سابقة والإنشاء والوعد وحكاية الفعل لا عموم لها. وقيد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفل في حياته ثم مات مفلساً لم تبطل الكفالة، وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلساً لا يبطل الرهن لأن سقوط الدين عنه في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتتقدر بقدرها فأبقيناه في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة؛ كذا في المعراج. وبما قررناه علم أن الميت المفلس من مات ولا تركة له ولا كفيل عنه، ويستثنى من بطلانها مسألة في التحرير من بحث الموت من عوارض الأهلية لو تقوت الذمة بلحوق دين بعد الموت صحت الكفالة به بأن حفر بئراً على الطريق فتلف به حيوان بعد موته فإنه يثبت الدين مستنداً إلى وقت الحفر الثابت حال قيام الذمة والمستند يثبت أولاً في الحال، ويلزم اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء اهـ قوله: **(وبالثمن للموكل ولرب المال به)** أي وبطلت كفالة الوكيل لموكله بالثمن وكفالة المضارب لرب المال بالثمن فيما باعه

تعليل لوقوع الاشتباه وقوله «فيما إذا تكفل» متعلق بالاشتباه أو بوقع. وقوله «هل يطالب الخ» قال في النهر: ينبغي على أنه وصية أن ينتظره وعلى أنها كفالة أن يلزم الكفيل بالدفع الآن.

وللشريك إذا بيع عبد صفقة وبالعهدة والخلاص وبدل الكتابة.

لأن حق القبض لهما بجهة الأصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل ورب المال وبعزله، ولذا جاز أن يكون الموكل وكيلاً عن الوكيل في القبض، ورب المال عن المضارب، وللوكيل والمضارب عزله لرجوع الحقوق إليهما وبرّ المشتري في حلفه أن لا شيء عليه للموكل ورب المال، وحنث لو حلف أن لا شيء عليه للوكيل والمضارب. قيد بالوكيل لأن الرسول بالبيع تصح كفالته بالثمن عن المشتري ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الإمام لكونه كالرسول. وقيد بالثمن لأن الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيراً ومعبراً. وقيدنا بأن يكون ثمن ما باعه الوكيل لأن البائع لو وكل رجلاً بقبض الثمن فكفل به الوكيل صح. وكذا لو أبرأه عنه لم يصح إبراؤه ولو أبرأه الوكيل بالبيع عنه صح إبراؤه وضمن؛ كذا في وكالة الخانية. وظاهر كلامهم أن الوصي والمتولي على الوقف إذا باع شيئاً وضمنا الثمن عن المشتري فهما كالوكيل والمضارب، وسيأتي في كتاب الوكالة من باب الوكالة بالخصومة عند قول المصنف «وبطل توكيله الكفيل بالمال». فالحاصل أن توكيل الكفيل باطل وكفالة الوكيل باطلة، وذكر الشارح هنا فرعاً: رجل أعتق عبده المدين حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم إن المولى ضمن الدين للغرماء فإن لا يصح لأن المولى متهم فيه بإبراء نفسه اهـ.

قوله: **(وللشريك إذا بيع عبد صفقة)** أي وبطل كفالة الشريك لشريكه عن المشتري حصته من الثمن فيما إذا باعا شيئاً مشتركاً عقداً واحداً لأنه يصير ضامناً لنفسه لأنه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا وهو مشترك بينهما، ولأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه وأنه لا يجوز. قيد بقوله صفقة واحدة» لأنهما لو باعاه صفقتين بأن سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمناً صح ضمان أحدهما نصيب الآخر لامتياز نصيب كل منهما فلا شركة بدليل أن له قبول نصيب أحدهما دون الآخر، ولو قبل الكل ونقد حصة أحدهما كان للناقد قبض نصيبه، ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشتري فلا شركة للآخر بخلاف ما إذا بيع صفقة فإنه يشارك، وقد اعتبروا هنا لتعدد الصفقة تفصيل الثمن وذكروا في البيوع أن هذا قولهما، وأما قول أبي حنيفة فلا بد من تكرار لفظ بعت. ولو قال المصنف وللشريك بدين مشترك وحذف قوله فيما إذا بيع عبد صفقة لكان أولى لما في الخانية: رجلان لهما على رجل دين فكفل أحدهما لصاحبه بحصته من الدين لا تصح كفالته، ولو تبرع أحدهما بأداء نصيب صاحبه من الدين كان جائزاً، وكذا الرجل إذا مات وله دين على رجل وترك ابنين فكفل أحدهما لأخيه عن المديون بحصة أخيه لا تصح الكفالة، ولو تبرع أحدهما فأدى حصة صاحبه

قوله: **(وذكر الشارح هنا فرعاً الخ)** قال في النهر بعد نقله عبارة المؤلف: ولم أجده في نسختي التي كتبتها من نسخته والظاهر أنها حاشية على نسخته

فصل

ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد مثله وما ربح

من الدين صح تبرعه وهو بمنزلة الوكيل بالبيع إذا كفل بالثمن عن المشتري لا تصح كفالته ولو تبرع بأداء الثمن عن المشتري صح تبرعه اهـ. وفي جامع الفصولين: لهما دين مشترك على آخر فضمن أحدهما نصيب صاحبه لم يجز فيرجع بما أدى بخلاف ما لو أداه من غير سبق ضمان فإنه لا يرجع بما أدى، ولو توى نصيبه على المديون مر في مسائل التركة. وفي صورة الضمان يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد فيرجع كما لو أدى بكفالة فسادة، ونظيره لو كفل ببدل الكتابة لم تصح فيرجع بما أدى إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق، وبمثله لو أدى من غير سبق ضمان لا يرجع لتبرعه، وكذا وكيل البيع إذا ضمن الثمن لموكله لم يجز فيرجع، ولو أدى بغير ضمان جاز ولا يرجع اهـ قوله: **(وبالعهدة)** أي وبطلت الكفالة بالعهدة لاشتباه المراد بها لإطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل للجهالة بخلاف ضمان الدرك، ولا يقال ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحاً لتصرفه لأنا نقول: فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال، وظاهر كلامهم أن الضامن إذا فسرها بغير ضمان الدرك لم يصح، ولو كان الصك القديم لقولهم إنه ملك البائع قوله: **(والخلاص)** أي وبطلت الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك في المعنى، وأبو حنيفة فسره بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة له عليه لأن المستحق لا يمكنه منه. ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لإمكان الوفاء به وهو تسليمه إن أجاز المستحق أو رده إن لم يجز فالخلاف راجع إلى التفسير قوله: **(وببدل الكتابة)** لما قدمناه أول الباب. قيد ببدل الكتابة لأن بدل العتق تجوز الكفالة به لأنه دين وجب عليه بعد الحرية فلا يؤدي إلى التنافي.

فصل

قوله: **(ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد مثله)** لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر. أطلقه فشمل ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لتمحضة أمانة في يده، والفرق

فصل

قوله: **(أطلقه فشمل ما إذا كان الدين على وجه الرسالة الخ)** قال في النهر: شمول كلام

....

بينهما أنه إن دفع له على وجه الاقتضاء كأن قال له إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه لم يكن رسالة، وأما إذا قال له ابتداء خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب كان رسالة، فالفرق بينهما إنما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه. وأشار المؤلف إلى أن بالكفالة صار للكفيل على الأصيل دين لو كفل بأمره، ولهذا لو أخذ الكفيل منه رهناً قبل أن يؤدي عنه جاز، ولو أبرأه الكفيل أو وهبه قبل الأداء عنه صح حتى لو أدى عنه لم يرجع فثبت أن له دينا عليه لكن لا رجوع له قبل الأداء وقد سئلت عما إذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤديه إلى الطالب ثم نهاه عن الأداء هل يعمل نهيه؟ فأجبت إن كان كفيلاً بالأمر لم يعمل نهيه لأنه لا يملك الاسترداد وإلا عمل لأنه يملكه قوله: **(وما ربح الكفيل له)** أي إذا ربح الكفيل في المال الذي قبضه من المطلوب قبل أن يقضي الدين طاب له الربح لأنه ملكه بالقبض كما قدمناه فكان الربح بذل ملكه، فظاهره أن لا يجب عليه التصدق به. وأطلقه فشمل ما إذا قضى الدين هو أو قضاه الأصيل، وقدمنا أن ملكه للمقبوض مقيد بما إذا قبضه على وجه الاقتضاء، وأما إذا قبضه على وجه الرسالة فإنه لا ملك له فلا يطيب له الربح على قولهما، وعند أبي يوسف يطيب له وأصله ربح الدراهم المغصوبة، واستدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام «الخراج بالضمان»[1].

المصنف لما إذا كان القبض على وجه الرسالة أيضاً وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه لا يلائم قوله وما ربح له وندب رده ولو شيئاً يتعين فإنه في هذين لا يطيب له ربح فالأولى جعل كلامه على نسق واحد. وغاية الأمر أنه ساكت عن مسألة الرسالة وهذا أسهل الأمرين فتأمله اهـ. قلت: ويؤيده تعبير صاحب الهداية بالقضاء بدل الإعطاء، وظاهره أن له الاسترداد فيما إذا كان على وجه الرسالة، قال في الكفاية بعد نقله عدم الاسترداد عن الكافي: لكن ذكر في الكبرى قال الحسن بن زياد قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا دفعه إلى الكفيل على وجه القضاء، أما إذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد. قال نجم الأئمة الحكمي: وإليه وقعت الإشارة في باب الكفالة بالمال من الأصل فإنه قال الكفيل يكون أميناً اهـ. وعلى ذلك حمل في اليعقوبية كلام صدر الشريعة وقال: وهو الظاهر لأنه أمانة محضة ويد الرسول يد المرسل وكأنه لم يقبضه ولا يعتبر تعلق حق الطالب اهـ. ونقله بعضهم عن غاية البيان. قوله: **(وأشار المؤلف إلى أن بالكفالة صار للكفيل على الأصيل دين الخ)** قال في النهر: لا ينافيه ما مر من أن الراجح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لأن الضم إنما هو بالنسبة إلى الطالب وهذا لا ينافي أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه كما لا يخفى، وعلى هذا فالكفالة بالأمر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبر ا هـ. وأصله في العناية حيث قال: فلكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات، دين ومطالبة حالين للمطالب على الأصيل، ومطالبة

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٧١. الترمذي في كتاب البيوع باب ٥٣. النسائي في كتاب البيوع باب ١٥. ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٤٣.

الكفيل له وندب رده على المطلوب لو شيئاً يتعين ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريرا ففعل

قوله: **(وندب رده على المطلوب لو شيئاً يتعين)** أي يستحب رد الربح على الأصيل إذا كان المقبوض شيأ يتعين كالحنطة والشعير، وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير. وقالا: هو له لا يرده وهو رواية عنه. وعنه أنه يتصدق به. لهما أنه ربح في ملكه فيسلم له، وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في أخرى لأن الخبث لحقه، وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق للكفيل؛ كذا في الهداية. وظاهر قوله «لا جبر» أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه وهو لا يستلزم عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى مع استحبابه في القضاء بالمعنى المذكور، والعبارة المنقولة عن شيخ الإسلام ظاهرها وجوب الرد فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به غير أنه ترجح الرد؛ كذا في فتح القدير مختصراً. وقيد بما يتعين لأن ربح ما لا يتعين لا يندب رده على المطلوب. ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى أنه لا يطيب للأصيل إذا رده الكفيل أو لا، وحكمه كما في البناية أنه إذا كان الأصيل فقيراً طاب له وإن كان غنياً ففيه روايتان، والأشبه كما قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير إنه يطيب له لأنه إنما رده عليه لأنه حقه اهـ. وقيد بالكفيل لأن الغاصب إذا ربح وجب رده على المالك ويجبر على الدفع له لأنه لا حق للغاصب في الربح؛ كذا في البناية قوله: **(ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه)** ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيأبى فيبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتجمد خمسة سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه في الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل؛ كذا في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بأنه غير صحيح هنا إذ ليس المراد من قوله تعين عليه حريراً اذهب فاستقرض فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر بثمن أكثر من قيمته لتبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى

فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة المطالبة، ودين ومطالبة للكفيل على الأصيل إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء كما تقدم. قوله: **(وأما إذا قبضه على وجه الرسالة الخ)** قال في القنية: دفع المديون إلى الكفيل قبل أن يوفي، ولم يقل قضاء ولا بجهة الرسالة فإنه يقع عن القضاء اهـ. فعليه يكون للكفيل ما ربح عند الإطلاق؛ كذا في الشرنبلالية. قوله: **(وظاهر قوله لا جبر الخ)** قال في النهر: أنت خبير بأن هذا أعني الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى بعد كونه نماء ملكه مما لا يعرف شرعاً فلم يبق إلا التنزه عما

....

المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل. وإنما وسط الثاني تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة التي يخسرها عليه لأن هذه العبارة حاصلها ضمان ما يخسر المشتري نظراً إلى قوله علي كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي وضمان الخسران باطل لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون كما لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلي أو قال لمشتري العبد إن أبق عبدك فعلي لم يصح. وقيل: هو توكيل فاسد ومعنى على منصرف إلى الثمن، فإذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو كان المراد بقدر ما يقع به إيفاء الدين لأن قدره إنما هو ثمن الحرير الذي يباع به لا ثمن ما يشتريه الكفيل به اهـ. والمراد بقوله تعين عليه حريراً اشتر حريراً بطريق العينة وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً وإلا فكل بيع بيع العينة. وفي البناية أن الكراهة في هذا البيع حصلت من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك وإلا لكانت المرابحة مكروهة اهـ. وفي فتح القدير: ثم ذموا البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ للتجار أن العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح، فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر وزنها عليها مظروفة، ثم إسقاط مدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسداً، ولا شك أن البيع الفاسد في حكم الغصب المحرم فأين هو من بيع جوزه بعضهم اهـ.

في ملكه من الخبث المتمكن فيه لتعينه وهو مندوب، وهذا معنى قول الإمام أحب إلي أن يرده على الذي قضاه ولا يجب ذلك في الحكم إذ لو وجب حقاً للعبد لاجبره الحاكم عليه. قوله: **(وقيد بالكفيل لأن الغاصب الخ)** قال بعده في منح الغفار: وفي فتح القدير أن الغاصب إذا أجر المغصوب ثم رده فإن الأجر له يتصدق به أو يرده إلى المغصوب منه اهـ. ولا مخالفة بين هذا وبين ما تقدم لأن ذلك في صورة ما إذا اتجر في المغصوب المتعين وربح فيه، وهذا فيما إذا أجر العين المغصوبة فإنه يملك الأجر بالعقد كما في الخانية والخلاصة وغيرهما من الكتب المعتمدة اهـ. قوله: **(ولو كان المراد الخ)** عطف على قوله «لكنه فاسد ولو وصلية» وعبارة الفتح هكذا: ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الإيفاء كان الحاصل اشتر لي حريراً يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذي يقع به الإيفاء غير معلوم وكيف ما كان بعد توكيلاً فاسداً أو ضماناً باطلاً انتهت.

فالشراء للكفيل والربح عليه ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل ولو برهن أن له على زيد

قوله: **(ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل إن له على المطلوب ألفاً لم يقبل)** لأن المكفول به مال يقضى به وهذا في لفظ القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو وبالقضاء إذ المضمون مال يقضى به وهذا ماضٍ أريد به المستقبل كقوله أطال الله بقاك. والدعوى على الكفيل غير مقيدة بأن المال وجب على الأصيل بعد الكفالة بل يحتمل أنه بعدها كما يحتمل أن يكون قبلها فلا تصح. وحاصله أنه قضاء على الغائب وهو الأصيل من غير خصم عنه وجزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة، أما على أظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء

قوله: **(وجزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة الخ)** أقول: بل هو على كل الروايات لأن الكلام ليس في نفاذ القضاء بعد وقوعه ليكون مفرعاً على الرواية القائلة بعدم النفاذ، وإنما هو في قبول البينة وعدمه؛ كذا في المنح شرح التنوير وأقره الرملي في الحاشية فليتأمل.. وفي النهر: ولقائل أن يقول لا نسلم أن هذا البرهان لا يقضى به بل يقضى به إذ القضاء على الغائب في مثله صحيح ففي العمادية: ادعى رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فأمر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي بينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره اهـ؛ كذا في الحواشي اليعقوبية. ويمكن أن يجاب بأن الكفيل يكون هناك خصماً له بخلاف ما نحن فيه وفيه نظر، إذ الموجب لكونه ليس خصماً فيما نحن فيه موجود في فرع الفصول كما لا يخفى فتدبره اهـ. أقول: وقد أجاب في الحواشي اليعقوبية بأن المانع من صحة الكفالة وقبول البينة في الصورة المذكورة عدم المطابقة لكون الدعوى مطلقة، وقول صاحب الهداية والدعوى مطلقة عن ذلك صريح كما لا يخفى فليتأمل هـ. وما ذكره في النهر بقوله «ويمكن أن يجاب» أجاب به في الحواشي السعدية وقد يدفع ما نظر فيه وذلك أن الموجب لكونه ليس خصماً فيما نحن كما قال في الفتح أنه جعل الذوب شرطاً للكفالة فما لم يوجد الذوب بعدها لا يكون كفيلاً والدعوى مطلقة عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أجنبي اهـ. وهذا بخلاف فرع العمادية لأن المدعي هناك ادعى أنه ذاب له على فلان كذا وبرهن على ذلك وقد قالوا: إن ذاب بمعنى تقرر ووجب وهو بالقضاء فيساوي الفرع الذي يذكره المؤلف وهو أنه لو قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة وبرهن يقبل، فحينئذ يكون خصماً لوجود الشرط، هذا ما ظهر لي فتأمله. ورأيت في حاشية العلامة الواني على شرح الدرر قال بعد ذكره النقض بفرع العمادية: ودفعه ظاهر فإن كلام صاحب العناية يفيد تقييد الكفالة بحق وجب بقضاء القاضي أو يجب بقضاء القاضي كأنه قال: كفلت إن وجب دين بقضاء القاضي. وهذا المعنى لا يتحقق بأن قضى به في

كذا وإنه كفيل عنه بأمره قضى به عليهما ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط وكفالته بالدرك

على الغائب فينبغي النفاذ، ولم أر من نبه عليه هنا. وقيد بقوله «برهن» أن له على المطلوب لأنه لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال حكم لي عليه القاضي فلأن بكذا بعد الكفالة وبرهن قبل لدخوله تحت الكفالة. وأشار المؤلف إلى أن الكفيل لو أقر على الأصيل بألف لم تجب على الكفيل لأن إقراره لا يوجد على الأصيل شيئاً فلم يجب به على الكفيل قوله: **(ولو برهن أن له على زيد كذا وأنه كفيل عنه بأمره قضى به عليهما ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط)** وإنما قبل البرهان هنا لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالأمر يثبت أمره وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً والكفالة بأمر لا تمس جانبه لأنه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمر يرجع الكفيل بما أدى على الآمر. وقال زفر: لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره، ونحن نقول: صار مكذباً شرعاً فبطل

ضمن القضاء بالكفالة والفرق واضح، وعبارة الهداية لأن المكفول به مال مقضى به صريح فيما قلنا ومن لم يفهمه قال ما قال والله أعلم بحقيقة الحال اهـ. قلت: وهو راجع إلى ما قلنا أي أن قوله كفلت فيما قضى لك على فلان أي بما يقضي لك عليه فلا بد من أن يقضي له عليه حتى تتحقق الكفالة، فإذا برهن المدعي على الكفيل بأن له على المطلوب ألفاً لم يكن الكفيل خصماً لعدم تحقق شرط كفالته، ولو قلنا إنه يثبت القضاء على الأصيل ضمناً لأنه يثبت بعد صحة الدعوى وهنا لم تصح فلم يثبت القضاء على الأصيل لا قصداً ولا ضمناً بخلاف مسألة الفصول فإن المدعي قد أقام بينة على أنه ذاب له على الأصيل كذا أي أنه قضى له فلان القاضي أنه ثبت له على الأصيل كذا فقد وجد شرط الكفالة وهو ثبوت المال على الأصيل بحكم ذلك القاضي الذي برهن المدعى عليه فصار الكفيل خصماً لوجود شرط الكفالة وهو الحكم بالمال على الأصيل بعد الكفالة، والمقصود بهذه الدعوى إلزام الكفيل بالمال يقتضي كفالته فيلزمه المال ويتعدى الحكم عليه إلى الحكم على الأصيل الغائب فيكون قضاء على الغائب ضمناً لا قصداً، فقد ظهر ما قاله الواني من أن الفرق واضح بين المسألتين وإنما بسطنا الكلام على ذلك لما وقع في فهم هذا الموضع من الاضطراب والله سبحانه أعلم بالصواب. قوله: **(ونحن نقول صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه)** اعلم أن دعوى الخصم في الأمور التي تثبت أولاً بالبينة التي كذبه الشرع بذلك صحيحة لا يعتبر فيها التناقض لتكذيب الشرع كما فيما نحن فيه، وأما في الأمور التي يحتاج فيها ثانياً إلى الدعوى، وإقامة البينة فليست بصحيحة كما لو ادعى على آخر أنه اشترى منه أمته هذه ثم قال لست أنا بائعك قط فبرهن عليه المدعي فوجد عيباً فبرهن البائع أنه باعه وبرئ من كل عيب لا تقبل بينة البراءة للتناقض. ووجه هذا أن الإنكار معدوم من وجه موجود من وجه فيعمل بالوجهين فاعتبر عدمه فيما لا يحتاج إلى الدعوى ثانياً، واعتبر

....

ما زعمه. قيد بقوله «له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه» يعني بهذا المقدار لأن الكفالة لو كانت مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان فإن القضاء على الكفيل قضاء على الأصيل، سواء كانت بأمره أو بغير أمره، لأن الطالب لا يتوصل إلى إثبات حقه على الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب على الأصيل شيء، وإذا كان كذلك صار الكفيل خصماً عنه وإن كان غائباً. والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب. قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل والغائب اتصال، وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والأصيل ثم يبرئ الكفيل. والحاصل أنها على أربعة أوجه: مطلقة عن المقدار، ومقيدة به. وكل على وجهين إما بالأمر أو بعدمه فلا تفصيل في المطلقة وهي الحيلة في القضاء فى الغائب والتفصيل في المقيدة، ولا تصلح للحيلة لأن شرط التعدي إلى الغائب كونها بأمره والحوالة على هذه الوجوه، وفي فتاوى قاضيخان بعد أن ذكر أن الكفالة المطلقة هي الحيلة في الإثبات على الغائب قال: وليس هو قضاء على المسخر لأن المدعي صادق في دعواه على الكفيل ثم يبرئ المدعي الكفيل عن المال والكفالة ويبقى المال له على الغائب اهـ. ومن هنا علم أن ما ذكره الشارح فيما يأتي في شرح قوله «ولا يقضى على غائب إلا أن يكون ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر» أن من الصور الكفالة المقيدة بألف درهم إلى آخره سهو ظاهر، وإنما هو في المطلقة وسيأتي التنبيه عليه في محله إن شاء الله تعالى.

وجوده فيما يحتاج إليها فليكن هذا في ذكر منك فإنه كثير النفع؛ كذا في الحواشي اليعقوبية. قوله: **(والتفصيل في المقيدة الخ)** يعني أنها تصلح للحيلة لو بالأمر وإلا فلا، قال في الخانية بعدما نقله المؤلف عنها: ولو ادعى رجل أن له على الغائب ألف درهم وأن هذا الرجل كفل لي عن الغائب بالألف الذي لي عليه بأمره فهذا وما تقدم سواء يقضي على الحاضر ويكون ذلك قضاء على الغائب، ولو لم يقل بأمره وأنكر المدعى عليه ذلك فبرهن عليه يقضي بالألف على الحاضر ولا يكون قضاء على الغائب بخلاف ما لو ادعى الكفالة العامة فلا تفصيل. قوله: **(ومن هنا علم أن ما ذكره الشارح فيما يأتي الخ)** أي في كتاب القضاء قبيل باب التحكيم، ثم إن الذي رأيته فيه موافق لما هنا وهذا نصه: لو ادعى على شخص ديناً على أنه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعي البينة أن له على الغائب ألف درهم تقبل بينته في هذه الصورة ويثبت الحق على الغائب والحاضر حتى إذا حضر الغائب لزمه ولا يحتاج إلى إعادة البينة اهـ. قوله: **(وإنما هو في المطلقة)** في الحصر نظر بل في المقيدة بمقدار إذا كانت بالأمر كذلك كما علمت، نعم يظهر التخصيص بالمطلقة إذا لم يكن له شهود على كون الكفالة بالأمر، أما إذا كان له شهود عليها وأثبت ذلك على الكفيل

تسليم وشهادته وختمه لا ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه أو قسمته

قوله: **(وكفالته بالدرك تسليم)** لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع. والمراد بكونها تسليماً أنها تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع حتى لو ادعى الكفيل الدار لنفسه على المشتري لم تسمع دعواه لأنها لو صحت لرجع المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد؛ كذا في النهاية. وشمل ما إذا كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له فلا تسمع دعواه بالملك فيها وبالشفعة وبالإجارة، وقدمنا أن ضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. والدرك في اللغة التبعة يحرك ويسكن. وفي الحادي عشر من بيوع الخلاصة: من سعى في نقض ما تم من جهته لم يعتبر إلا في موضعين: أحدهما رجل اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن ثم ادعى أن البائع باعه قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته. والثاني إذا وهب جاريته من إنسان فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته ويرجع على الموهوب له بالجارية والعقر اهـ. والحصر المذكور ليس بصحيح لأنه يرد عليه ما ذكره قاضيخان من البيوع: لو ادعى المشتري أن المبيع حر تسمع دعواه، وما لو باع أرضاً ثم ادعى أنه كان وقفها وأنها وقف فإن بينته مقبولة على المختار كما ذكره الولوالجي، لكن لا تسمع دعواه للتناقض مع أنه ساع في نقض ما تم من جهته قوله: **(وشهادته وختمه لا)** أي لا يكون إقراراً بملك البائع والشاهد على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا يكون إقراراً بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم. قالوا: إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً وكتب شهد بذلك كان تسليماً إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين، وكذا لو شهد عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض كان تسليماً. والتقييد بالختم لبيان أن مجرد الكتابة بلا ختم لا يكون تسليماً بالأولى، وإنما ذكروه بناء على عادتهم فإنهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفاً من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف. وفي فتح القدير: الختم أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع نقش خاتمه كيلا يتطرقه التبديل وليس هذا في زماننا. اعلم أن قولهم هنا أن الشهادة لا تكون

يثبت على الأصيل ولو كانت مقيدة وكأنه خص المطلقة لأن الكلام في حيلة الإثبات على الغائب بالموافقة وذلك حيث لا بينة. قوله: **(واعلم أن قولهم هنا إن الشهادة الخ)** قال أبو السعود: لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ الشلبي أن حضوره مجلس البيع وسكوته بلا مانع مانع له من الدعوى بعد ذلك حسماً لباب التزوير. قوله: **(وخصصه بعضهم بالموظف)** مشى عليه في النهر ثم قال: ولذا قال في فتح القدير قيدت الكفالة بما إذا كان خراجاً موظفاً لأنه يجب في مقابلة الذب عن حوزة

....

إقراراً بالملك يدل بالأولى على أن السكوت زماناً لا يمنع الدعوى وسيأتي تمامه في مسائل شتى آخر الكتاب عند قوله «باع عقاراً وبعض أقاربه حاضر إلى آخره».

قوله: **(ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه أو قسمته صح)** أما الخراج فلكونه ديناً مطالباً به. قيد به للاحتراز عن الزكاة في الأموال الظاهرة فإنه لا يجوز الضمان بها عن صاحب المال لأنها مجرد فعل، ولهذا لا تؤخذ من تركته إلا بوصيته. وأطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة، وخصصه بعضهم بالموظف وهو ما يجب في الذمة ونفي صحة الضمان بخراج المقاسمة لأنه لم يكن ديناً في الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه؛ هكذا ذكر الشارح وهو منقوض بالدرك فإن الكفالة به جائزة دون الرهن، وأما النوائب فجمع نائبة وفي الصحاح: النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر اهـ. وفي اصطلاحهم قيل: أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسرى. وقيل: المراد بها ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق. فإن كان مراده هو الأول جازت الكفالة بها اتفاقاً لأنه واجب مضمون، وإن كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم: لا تجوز الكفالة منهم صدر الإسلام البزدوي لأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة أو الدين، وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيان على الأصيل فلم يتحقق معناها. وقال بعضهم: تجوز منهم فخر الإسلام علي البزدوي أخو صدر الإسلام المتقدم لأنها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة للمطالبة لأنها شرعت لإلتزامها، فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية ولذا قلنا: ومن قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط أي بالعدل يؤجر وإن كان الآخذ بالأخذ ظالماً، وقلنا من قضى نائبه غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كما في الخانية، كمن قضى دين غيره بأمره. وفي العناية قال شمس الأئمة: هذا إذا أمره به لا عن إكراه، أما إذا كان مكرهاً في الأمر فلا يعتبر أمره في الرجوع اهـ. وفي فتح القدير: وينبغي أن كل من قال إنها ضم في الدين يمنع صحتها هنا، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة في الدين أو معناه أو مطلقاً اهـ. وقوله بناء على أنها في المطالبة في الدين ممنوع لما قدمنا أنها لا تقتصر على المطالبة في الدين إذ لو كان كذلك لم يشمل

الدين وحفظه فكان كالأجرة لإخراج مقاسمة لأنه غير واجب وقرينة إرادة الموظف قوله أو رهن به إذ الرهن بخراج المقاسمة غير صحيح بخلاف الموظف. اهـ ما في النهر. وقال بعض الفضلاء: والذي اعتمدوه جميعاً في التعليل بقولهم لأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون يدل على اختصاصه بالموظف، أما خراج المقاسمة فجزء من الخارج وهو عين غير مضمون حتى لو هلك لا يؤخذ شيء والكفالة بأعيان غير مضمونة لا تجوز كالزكاة في الأموال الظاهرة اهـ. قوله: **(صدر الإسلام)** هو أبو اليسر رملي قوله: **(وهو الصحيح كما في الخانية)** عبارة الخانية هكذا: وإن كفل عن

. . . .

التعريف الكفالة بالنفس لأنها ضم في المطالبة بالحضور. وفي قوله «أو مطلقاً» نظر لأنه إذا قال بأنها في المطالبة مطلقاً لا يمنعها هنا. وفي البزازية: صادر الوالي رجلاً وطلب منه مالاً وضمن رجل ذلك وبذل الحط ثم قال الضامن ليس لك علي شيء لأنه ليس للوالي عليه شيء قال شمس الإسلام: والقاضي يملك المطالبة لأن المطالبة الشرعية كالمطالبة الحسية اهـ. ولو قال لأن المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية لكان أولى كما لا يخفى، وظاهر كلامهم ترجيح الصحة ولذا قال في إيضاح الإصلاح: والفتوى على الصحة فإنها كالديون الصحيحة حتى لو

رجل بالجبايات اختلفوا فيه، والصحيح أنها تصح ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره، وكذا السلطان إذا صدر رجلاً فأمر الرجل غيره أن يؤدي عنه المال لكل ما هو مطالب به حساً جازت الكفالة به، فإن أمر غيره بذلك إن قال على أن ترجع علي بذلك كان له أن يرجع عليه وإلا اختلفوا فيه، والصحيح أنه يرجع. ذكر في السير المسألة إذا أسر في دار الحرب فاشتراه رجل منهم إن اشتراه بغير أمره يكون متطوعاً لا يرجع بذلك على الأسير ويخلي سبيله، وإن اشتراه بأمره في القياس لا يرجع المأمور على الآمر. وفي الاستحسان يرجع سواء أمره الأسير أن يرجع بذلك عليه أو لم يقل على أن ترجع بذلك عليه وهو كما لو قال الرجل لغيره أنفق من مالك على عيالي أو أنفق في بناء داري فأنفق المأمور كان له أن يرجع على الآمر بما أنفق، وكذا الأسير إذا أمر رجلاً ليدفع الفداء ويأخذ منهم فهو بمنزلة ما لو أمره بالشراء اهـ. لكن قاضيخان حالف ذلك في شرحه على الجامع الصغير حيث قال: وأما الجبايات التي يوظفها السلطان على الناس قال بعضهم تصح بها الكفالة لأنها مطالب بها حساً بمنزلة الدين الواجب، وعلى هذا قالوا من قضى نائبه غيره بإذنه وهو غير مكره في الأمر يرجع بها عليه وإن لم يشترط الضمان، والأصح أنه لا يصح الضمان بها، ولو أداه بأمره ولم يشترط الضمان لا يرجع لأنه ظالم في حق الآخذ والمأخوذ منه فلا تصح به الكفالة اهـ. قوله: **(وقوله بناء على أنها في المطالبة ممنوع الخ)** قال الرملي: هذا الممنوع ممنوع إذ الكلام في الكفالة بالدين لا بالنفس. قوله: **(وفي قوله أو مطلقاً نظر الخ)** أقول: مراد المحقق بيان وجه للصحة ووجه للمنع على القول بأنها الضم في المطالبة فقوله بناء على أنها الضم في المطالبة في الدين أو معناه وجه للمنع وقوله أو مطلقاً وجه للصحة ففي كلامه لف ونشر غير مرتب. قوله: **(ولو قال لأن المطالبة الحسية الخ)** قال الرملي: الظاهر أنه من عكس التشبيه وهو يدل على الأبلغية فلا أولوية؛ كذا رأيت بخط بعضهم وفيه نظر إذ ليس المقام مقام الأبلغية وهذا الشارح لم ينف الجواز إنما ذكر الأولوية فتأمل. قوله: **(وظاهر كلامهم ترجيح الصحة الخ)** رجح الخير الرملي في فتاويه عدمها مستنداً إلى ما في البزازية ضمان الجبايات على قول عامة المشايخ لا يصح فجعله قول العامة، ومثله في الخلاصة وذكر أن ما قاله في إيضاح الإصلاح غير مسلم بلا برهان وأن ما قاله المؤلف هنا غير مسلم أيضاً لأن ظاهر كلامهم يخالفه لما صرح به في الخلاصة والبزازية أنه قول العامة. والعلة له أن الظلم يجب إعدامه ويحرم تقريره وفي القول بصحته تقريره. وقال مؤيد زاده في مجموعة نقلاً عن العمادية: والأسير إذا قال لغيره خلصني فدفع المأمور مالاً وخلصه منه اختلف فيه؛ قال السرخسي: يرجع في

....

أخذت من الأكار فله الرجوع على مالك الأرض اهـ. وفي الخانية: الصحيح الصحة ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره، وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو. وقيل: هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه عن راتب؛ كذا في الهداية. والحاصل أن المشايخ اختلفوا في معناه فأبو بكر بن سعيد ادعى أن هذه الكلمة غلط لأن القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون، ورد بأن القسمة تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر: ٢٨] والمراد النصيب. والفقيه أبو جعفر الهندواني قال: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنساناً ليقوم مقامه في القسمة جاز لأن القسمة واجبة عليه. وقال بعضهم: معناها إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالتاء، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء. وقيل: هي النوائب بعينها فالعطف للبيان والتفسير. وقيل: ما يخص الرجل منها ولكنه كان ينبغي أن يعطف بالواو لا بأو ليكون من عطف الخاص على العام. وقيل: هي النائبة الموظفة الديوانية كل شهر أو ثلاثة أشهر والنوائب غير الراتبه؛ كذا في العناية. ثم من أصحابنا من قال: الأفضل للإنسان أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة. قال شمس الأئمة: هذا كان في ذلك الزمان لأنه إعانة على الحاجة والجهاد، وأما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلماً، ومن تمكن دفع المظلمة عن نفسه فهو خير له، وإذا أراد الإعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقر ليستعين به الفقير على الظلم وينال المعطي الثواب؛ كذا في فتح القدير.

المسألتين. وقال صاحب المحيط: لا يرجع. وهذا هو الأصح وعليه الفتوى فهو مدافع لما في الإصلاح وقول قاضيخان الصحيح الصحة لا يدفع قول صاحب المحيط هذا هو الأصح وعليه الفتوى اهـ ملخصاً. أقول: غايته أنهما قولان مصححان. وقالوا: لا يعدل عن تصحيح قاضيخان كما نقله المؤلف لأنه فقيه النفس على أن لقائل أن يقول ليس في كلام المحيط تصحيح خلاف ما صححه قاضيخان لأن المنقول عن المحيط لم يستوف شرائطه صحة الكفالة إذ ليس فيه الأمر بالرجوع وهو بأن يشتمل على لفظة «عني» أو «علي» فلهذا صحح عدم الرجوع. ثم رأيت في الخانية قال: وإن اشتراه بأمره في القياس لا يرجع المأمور على الآمر، وفي الاستحسان يرجع سواء أمر الأسير أن يرجع بذلك عليه أو لم يقل على أن ترجع بذلك علي وهو كما لو قال الرجل لغيره أنفق من مالك على عيالي أو في بناء داري اهـ. فعلم أن ما صححه في المحيط هو القياس ووجهه ما قلنا كما دل عليه كلام الخانية والاستحسان خلافه، وهذا غير مسألتنا كما لا يخفى لأن الكلام فيها عند استيفاء شرائط صحة الكفالة، ثم رأيت بخط بعض الأفاضل ما حاصله أن المراد من صحة الكفالة بالنوائب رجوع الكفيل على الأصيل لو كانت الكفالة بالأمر لا أنه يضمن لطالبها الظالم لأن الظلم يجب إعدامه ولا يجوز تقريره فلا تغتر بظاهر الكلام اهـ. ولعمري أنه تنبيه حسن ولهذا لم يذكروا الرجوع على

صح ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن ومن اشترى

قوله: **(ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن)** لأنه لم يقر بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر. قيد بالضمان لأنه لو أقر بمائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول للمقر له لأن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وهذا هو الفرق. وفرق آخر أن الأجل في الدين عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار. وأما الأجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل، والشافعي الحق الدين بالكفالة، وأبو يوسف عكسه، والفرق قد أوضحناه. وذكر الشارح: والحيلة فيها إذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب إن أنكر والمؤاخذة في الحال إن أقر أن يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال أم مؤجل؛ فإن قال مؤجلاً فلا دعوى عليه في الحال، وإن قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه. وقيل من عليه الدين مؤجل إذا أنكر الدين وقال ليس له قبلي حق فلا بأس به إذا لم يرد به إتواء حقه ا هـ. قوله: **(ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع)** لأنه بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية ويرجع على البائع والكفيل، ولذا قيد بالاستحقاق أي لغير البائع. أشار المؤلف إلى أن البيع لا ينتقض بقضاء القاضي للمستحق بالعين حتى لو كان الثمن عبداً فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ إعتاقه؛ كذا في العناية. وصحح في فصول الاستروشني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن، والرجوع

الكفيل، وكيف يسوغ القول برجوع المكفول له الظالم، وبه اندفع ما مر عن الرملي من قوله «والعلة له الخ» لأن ذاك مسلم لو قلنا برجوع الظالم على الكفيل، أما على ما قلنا فليس فيه تقرير الظلم بل فيه رفعه لأنه لولا الكفيل يحبس الظالم المكفول ويضربه ويبيع عليه ماله وعباره بثمن بخس أو يلجئه إلى بيعه أو الاستدانة بالمرابحة ونحو ذلك مما هو مشاهد، وبالكفالة يرتفع كل ذلك والله تعالى أعلم. فهذا ما ظهر للفهم القاصر فتدبره. قوله: **(حتى لو أخذت من الأكار فله الرجوع على مالك الأرض)** قال الرملي: يؤخذ منه أن ما هو مرتب من جهة الإعراب على المزارع ويسمى في عرفنا فلاحة العرب لو أخذت من الأكار جبراً يرجع على صاحب الأرض بما هو مرتب أو بحصته من المرتب لأنها من قسم الجبايات التي يأخذها الظلمة بغير حق تأمل اهـ. وظاهره أن الأكار يرجع وإن لم يكفل مالك الأرض. قوله: **(وأما القسمة فقد قيل هي النوائب الخ)** قال في اليعقوبية: وقيل هي أجرة القسام وهي مطلوبة شرعاً.

قوله: **(وصحح في فصول الأسروشني أن للمستحق أن يجيز الخ)** قال الرملي: هذا صريح في

أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع.

باب كفالة الرجلين والعبدين

دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فإن زاد

بالقضاء يكون فسخاً، ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الأرض المشتراة أو أنها كانت مسجداً ويشارك الاستحقاق الناقلي في أن كلاً منهما يجعل المستحق عليه ومن يملك ذلك الشيء من جهته مستحقاً عليه حتى لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته، ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه، ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه وفي المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل وإن لم يقض على المكفول عنه؛ كذا في فتح القدير. ولو قال المصنف «ومن اشترى شيئاً» لكان أولى كما لا يخفى. وأشار بقوله «حتى يقضى له بالثمن على البائع» إلى أن القضاء على البائع قضاء على الكفيل وللمشتري أن يأخذ الثمن من أيهما شاء. وأفاد أنه لا يخاصم الكفيل أولاً وهو ظاهر الرواية خلافاً لما عن أبي يوسف. وقيد بالاستحقاق لأن البيع لو انفسخ بينهما بما سواه وصار الثمن مضموناً على البائع لم يؤاخذ الكفيل به كما إذا فسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب. وأشار بقوله «بالثمن» إلى أن المشتري لو بنى في الأرض ثم استحقت فإنه لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء وإنما يرجع بها على البائع فقط إذا سلم النقض له وهو ظاهر الرواية، وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري واستحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية والولد والعقر فإن المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يأخذ قيمة الولد إلا من البائع خاصة، فالكفيل كبائع البائع لا رجوع عليه إلا بالثمن؛ كذا في السراج الوهاج والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

باب كفالة الرجلين والعبدين

قوله: **(دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فإن**

أن بيع الفضولي وإن كان لنفسه موقوف في الصحيح، وأن ما في البدائع أنه إنما يتوقف إذا باع للمالك على غير الصحيح وقد تقدم البحث عنه قوله: **(حتى لو أقام واحد منهم البينة الخ)** أي لو برهن واحد من الباعة على المستحق بالملك المطلق أي برهن أنه ملكه مطلقاً لم يقبل لأنه صار مقضياً عليه، أما لو ادعى النتاج أو أنه تلقى الملك من المستحق بأن قال أنا لا أعطي الثمن لأن المبيع نتج في ملكي أو لأني اشتريته من المستحق فتسمع دعواه كما ذكر في الدرر من باب الاستحقاق وقد مر.

باب كفالة الرجلين والعبدين

قوله: **(وقول الشارح وهي واردة على مسألة الكتاب سهو)** قال في النهر: وقول الشارح إن

على النصف رجع بالزيادة وإن كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه

زاد على النصف رجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة، ولأنه لو وقع الدفع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور. وظاهر الكتاب استواء الدينين صفة وسبباً فإن اختلفا صفة بأن كان ما عليه مؤجلاً وما كان على صاحبه حالاً فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه، وعلى عكسه لا يرجع لأن الكفيل إذا عجل ديناً مؤجلاً ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول، ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضاً وما على الآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدي لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو كما في فتح القدير. وقيد بكون كل كفيلاً عن صاحبه احترازاً عما لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل فجعله عن صاحبه فإنه يصدق. وقول الشارح «وهي واردة على مسألة الكتاب» سهو وإنما هي خارجة عنها بمفهوم التقييد كما قررناه، ولم يقيد رحمه الله بالأمر في قوله رجع بالزيادة للعلم به مما تقدم من أنه إذا كفل بأمره رجع وإلا فلا قوله: **(وإن كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الأصيل)** لأن ما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذا لكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه فلا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره. وترك المصنف قيدين للمسألة: الأول أن يتكفل كل واحد منهما عن الأصيل بجميع الدين على التعاقب، فلو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه فهي كالمسألة الأولى في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف. وكذا لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين معاً ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الأصيل بالجميع. الثاني أن يكفل كل عن صاحبه بالجميع، فلو كفل عن الأصيل بالجميع متعاقباً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فكالأولى.

هذه واردة على مسألة الكتاب أي على توجيهها ووجهه إن في مسألة الكتاب إنما لا يصح تعيينه صرفاً إلى الأقوى وهو ما عليه من الدين وهذا كذلك، وكان ينبغي أن لا يصح تعيينه أيضاً ولما خفي هذا على صاحب البحر ادعى أنه سهو اهـ. ورأيت بخط بعض الفضلاء هل يمكن دفع ورود تلك المسألة بأن يلتزم أن مسألة المتن معللة بكل من الصرف إلى الأقوى ولزوم الدور فإنه ليس في كلامهم ما ينبو عن ذلك. قوله: **(لأن الدين ينقسم عليهما نصفين)** قال في النهاية: وفي الشافي ثلاثة كفلوا

على شريكه أو بالكل على الأصيل وإن أبرأ الطالب أحدهما آخذ الآخر بكله ولو افترق

قوله: **(وإن أبرأ الطالب أحدهما آخذ الآخر بكله)** لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل فيبقى المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه والله أعلم. وفي المحيط: كفالة الرجلين المبسوط مسائله على أربعة أقسام: القسم الأول كفل ثلاثة عن رجل بألف درهم فأدى أحدهم برئوا ولم يرجع على صاحبيه بشيء، ولو كان كل واحد كفيلاً عن صاحبه فأداها أحدهم رجع المؤدي عليهما بالثلثين، ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بألف. القسم الثاني لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتان وكل اثنين كفيلان عن اثنين بجميع المال فإنه يأخذ أيهما شاء بسبعمائة وخمسين وأي اثنين شاء بجميع الألف. وذكر في المختصر الصواب أن يأخذ أيهم شاء وحده بنصف المال وأي اثنين شاء بجميع المال. والقسم الثالث لرجل على عشرة أنفس ألف وكل أربعة كفيل عن أربعة بجميع المال يأخذه من أحدهم ثلاثمائة وخمسة وعشرين مائة حصته من الدين ومائتان وخمسة وعشرون حصته من الكفالة. القسم الرابع لو كان أصل المال على ثلاثة وكل واحد كفيل عن صاحبيه فأدى أحدهم شيئاً فهو على ثلاثة أوجه: في وجه يكون المؤدي عن نفسه وإن لم يعين، وفي وجه يكون المؤدي عنه وعن صاحبيه، وفي وجه يكون المؤدي عن نفسه إذا لم يعين، فإن عين يكون عن صاحبه. مثال الأول لو كان المال على ثلاثة وكل واحد منهم كفيل عن صاحبه فأدى أحدهم شيئاً يكون إلى تمام الثلث عنه، وما زاد على الثلث يكون عن صاحبيه، ولو قال هذا من كفالة صاحبي لم يصح. الثاني لو كان له على رجل ألف فكفل ثلاثة عنه على أن يكون بعضهم كفيلاً عن البعض فأدى أحدهم شيئاً يكون مؤدياً عن نفسه وعن صاحبيه، وإن عين أحدهما لا يصح. والثالث لو كان الدين على رجلين وأحدهما كفيل عن صاحبه والآخر لم يكفل عنه إن أدى الكفيل شيئاً ولم يعين كان المؤدي عنه، وإن عين يكون عن صاحبه وتمامه مع البيان فيه. ثم قال في المنتقى: رجلان كفلا عن رجل بأمره بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم أدى أحدهما شيئاً فله أن يرجع بجميع ما أدى على المكفول عنه، وإن شاء رجع عليه بنصفه وعلى شريكه بنصفه. وإن ضمنا عنه بغير أمره لم يكن له أن يرجع على شريكه بشيء حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع عليه بالزيادة على النصف. وقال أبو يوسف: إذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بأمره اهـ ملخصاً. قوله: **(ولو افترق المفاوضان آخذ الغريم أيا شاء بكل الدين)** لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة. قيد بالمفاوضين أي الشريكين شركة مفاوضة لأن شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه لأنها لا تتضمن الكفالة بل

بألف يطالب كل واحد بثلث الألف وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف؛ كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي والمرغيناني والتمرتاشي؛ كذا في نور العين.

المفاوضان أخذ الغريم أياً شاء بكل الدين ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف وإن كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه ولو حرر أحدهما آخذ أياً شاء بحصته من لم يعتقه فإن آخذ المعتق رجع على صاحبه وإن آخذ الآخر لا ومن ضمن عن عبد ما لا يؤاخذ به بعد عتقه فهو حال ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد

الوكالة ولذا قال في البزازية من الشركة: أقر أحدهما بدين في تجارتهما وأنكر الآخر لزم المقر كله إن كان هو الذي تولاه، وإن أقر أنهما تولياه لزم نصفه ولا يلزم المنكر شيء، وإن أقر أنه وليه لم يلزمه شيء اهـ قوله: **(ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف)** لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين.

قوله: **(وإن كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل من صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه)** لأن هذا العقد جائز استحساناً وطريقة أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما، ولو رجع بالكل لم تتحقق المساواة. قيد بقوله «وكفل» لأنه لو كاتبهما معاً ولم يزد على ذلك لزم كل واحد حصته ويعتق بأداء حصته لأن المقابلة المطلقة تقتضي ذلك، فلو كاتبهما على أنهما إن أديا عتقاً وإن عجزا ردا في الرق ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال إلى المولى لأن شرط المولى في العقد تجب مراعاته إذا كان صحيحاً شرعاً، وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال إلى المولى لأن شرط المولى في العقد نص، فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفاً لشرطه قوله: **(ولو حرر أحدهما آخذاً ما شاء بحصة من لم يعتقه)** وإنما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما. وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقبتهما فلهذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة قوله: **(فإن آخذ المعتق رجع على صاحبه وإن آخذ الآخر لا)** لأن المعتق مؤد عنه بأمره والآخر مؤدٍ عن نفسه. وإنما جازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لأنه في حال البقاء، وأما في الابتداء فالمال كله عليه قوله: **(ومن ضمن عن عبد ما لا يؤاخذ به بعد عتقه فهو حال)** كما إذا أقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور عليه أو أودعه شيئاً فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى فإنه لا يؤاخذ به في الحال، فإذا ضمنه إنسان ولم يبين أنه حال ولا غيره كان على الضامن حالاً لأنه حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى

فبرهن المدعي أنه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالاً وكفل بنفسه رجل فمات العبد بريء

رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه. والتقييد بكونه يؤاخذ به بعد عتقه ليفهم منه حكم ما يؤاخذ به للحال بالأولى كدين الاستهلاك عياناً وما لزمه بالتجارة بإذن المولى، وجعله قيداً احترازياً كما في الشرح سهو كما لا يخفى. وفي فتح القدير: ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤجل ولا مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة عليه ا هـ. وفي البدائع: وأما رجوع الكفيل فله شرائط. منها: أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه. ومنها أن يكون بإذن صحيح وهو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين حتى إنه لو كفل عن الصبي المحجور بإذنه فأدى لا يرجع لأن إذنه بالكفالة لم يصح لأنه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان، وأما العبد المحجور فإذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال ا هـ. وفي الخانية: ولو أن المكاتب صالح عن الدم على مال مؤجل في الذمة والقتل ثابت بإقراره أو بالبينة وكفل إنسان بالبدل ثم عجز المكاتب فرد في الرق لم يكن للمصالح أن يأخذ المكاتب حتى يعتق لأنه التزام المال في الذمة عوضاً عن الدم فصح ذلك في حقه لا في حق المولى، فإذا خلص أكسابه بالحرية يؤخذ به وللمصالح أن يؤخذ الكفيل قبل عتق المكاتب لأنه كفل بمال واجب للحال، وإنما تأخرت المطالبة عن المكاتب قبل العتق لإفلاسه وعجزه فلا تسقط المطالبة عن الكفيل ا هـ.

قوله: **(ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه لو ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالاً وكفل بنفسه رجل فمات العبد بريء الكفيل)** لأنها تبطل بموت المكفول به إذا كان حراً فكذا إذا كان عبداً لتعذر تسليمه بعد موته، وهذه المسألة الثانية مكررة لأنه قدم في الكفالة بالنفس أنها تبطل بموت المطلوب، وفي هذا لا فرق بين الحر والعبد ولكن إنما ذكرها هنا ليبين الفرق بينها وبين الأولى وهو ظاهر، لأن المكفول به في الأولى رقبة العبد وهي مال وهي لا تبطل بهلاك المال فيلزمه قيمة العبد لأن على المولى رد العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل، فالمكفول المدعى عليه بخلاف الثانية. والحاصل أنها كفالة بالعين المغصوبة وهي تستفاد أيضاً مما قدمه في الكفالة بالمال. قيد بإقامة البينة لأنه لو ثبت ملك المدعي بإقرار ذي

قوله: **(وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد الخ)** قال في النهر: ورأيت مقيداً عندي أن ما قوي هو المذكور في البدائع اهـ. وكأنه أراد به قول البدائع الآتي. «وأما العبد المحجور فإذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه الخ». فلم يقيده بكفالة بدين يؤخذ منه للحال أو بعد العتق وقد يقال إن المولى

الكفيل ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منها على الآخر.

اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة المدعي على المدعى عليه، ولا يلزم على الكفيل شيء مما يلزم على الأصيل إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل لأن إقرار الأصيل لا يعتبر حجة في حق الكفيل لما عرف أن الإقرار حجة قاصرة فيقتصر على المقر ولا يعدوه؛ كذا في الفوائد الظهيرية. وفي الخانية: مكاتب قتل رجلاً عمداً فصالح عن الدم على عبد بعينه وكفل رجل بالعبد فهلك العبد قبل التسليم كان لولي الدم أن يأخذ الكفيل بقيمة العبد، وإن شاء طالب المكاتب أيضاً بقيمة العبد لأن الصلح عند دم العمد لا يبطل بهلاك البدل قبل التسليم، فإذا عجز عن تسليم العبد مع الموجب للتسليم يطالب بقيمة البدل، وكذا لو كان القاتل حراً والمسألة بحالها ا هـ. قوله: **(ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر)** بيان لمسألتين: الأولى كفالة العبد عن سيده، والثانية عكسه، أما الأولى فشرطه أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى، وإنما صحت لأن الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين، وإن كان عليه دين مستغرق لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى، وأما الثانية فهي صحيحة على كل حال وإنما لم يرجع أحدهما على الآخر فيهما لأنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن عبده بغير أمره فأجازه. ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله، وفائدة كفالة العبد عن مولاة تعلقه برقبته. قيد بكفالة السيد عن عبده لأن كفالة السيد لعبده عن مديونه صحيحة إن كان العبد مديوناً، فلو أن هذا العبد قضى وليه دينه الذي كان عليه بطلت كفالة المولى؛ كذا في الخانية. وفي هذا التفريع أعني قوله «فلو أن هذا العبد إلى آخره» نظر ا هـ والله أعلم.

مؤاخذ بهذا الدين بتسليم العبد أو القضاء عنه وإن لم توجد الكفالة فأي فائدة للتوقف على كونها بأمره فيكفي أمر العبد في الرجوع على المولى لأنه لم يلزمه به ضرر. قوله: **(وإن كان عليه دين مستغرق لم تصح كفالته الخ)** نقل بعض الفضلاء عن الفتاوى الهندية إذا كان على العبد دين وقد كفل عن المولى أو عن أجنبي بمال بإذن المولى لا يلزمه شيء ما دام رقيقاً فإذا عتق لزمه ذلك اهـ. وهو ظاهر لأن حق الغرماء منع صحة الإذن ومطالبته بعد العتق ليس فيها إضرار بهم، وانظر لو كان مديوناً غير مستغرق والظاهر أنه يوفي من الفاضل لو بالأمر ويطالب بالباقي بعد العتق، ثم على ما ذكره في الهندية فما فائدة التقييد المذكور مع أنه ذكره صاحب الهداية وأقره الشارحون فإن الكلام في مسألتنا في الأداء بعد العتق فليتأمل.

كتاب الحوالة

هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال والمحتال عليه

كتاب الحوالة

ذكرها بعدها لأن كلاً منهما عقد التزام ما على الأصيل للتوثق إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها. والكلام فيها في مواضع: الأول في معناها لغة ففي المصباح: حولته تحويلاً نقلته من موضع إلى موضع، وحول هو تحويلاً يستعمل لازماً ومتعدياً. وحولت الرداء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، والحوالة مأخوذة من هذا فأحلته بدينه نقلته من ذمة إلى غير ذمتك وأحلت الشيء إحالة نقلته أيضاً ا هـ. وفي الصحاح: أحال عليه بدينه والاسم الحوالة ا هـ. وفي فتح القدير: يقال أحلت زيداً بماله على عمرو فاحتال أي قبل فأنا محيل وزيد محال ويقال محتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه، فتقدير الأصل في محتال الواقع فاعلاً محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولاً محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وفتحها في مختار المفعول. وأما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة إليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة «عليه» فهما محتال ومحتال عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه، ويقال للمحتال حويل أيضاً فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين ا هـ. الثاني في معناها شريعة فأفاده بقوله: **(هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة)** أي من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وهذا قول البعض فقد اتفقوا على أصل النقل، ثم اختلفوا في كيفيته فقيل إنها نقل المطالبة والدين، وقيل نقل المطالبة فقط. وجعل الاختلاف في البدائع بين المتأخرين ونسب الشارح الأول إلى أبي يوسف. والثاني إلى محمد. وجه الأول دلالة الإجماع من أن

كتاب الحوالة

قوله: **(والاسم الحوالة)** أي اسم مصدر. قوله: **(فاعلاً)** أي اسم فاعل.

....

المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح، ولولا انتقاله إلى ذمة المحال عليه لما صح الأول ولصح الثاني. وحكى في المجمع خلاف محمد في الثانية فكأنه لم يعتبره فنقل الإجماع. ووجه الثاني دلالة الإجماع أيضاً من أن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحتال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول، ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغي أن لا يجبر على القبول كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره، وكذا المحتال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده، ولو وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل أو وهبه منه. ولو انتقل إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الإبراء والهبة، وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لم يرجع على المحيل وإن كانت بأمره كالكفالة. ولو وهب الدين منه فله الرجوع إذا لم يكن للمحيل عليه دين، ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كما في الكفالة فدلت هذه الأحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة، ثم الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الأصيل فكذا في الكفالة؛ هكذا قرره في البدائع ولم يرجح. وفي فتح القدير: المصحح من المذهب أنها توجب البراءة من الدين ا هـ. فالمذهب ما في الكتاب. قالوا: وفائدة الاختلاف في أنها نقلهما أو المطالبة فقط تظهر في مسألتين: أحداهما أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف، وكذا لو أبرأه عنه. وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن. والثانية إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لأنه برئ بالحوالة، وعند محمد يصح وبرئ المحيل، وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال: لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاماً متشابهة، واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلاً وجعل المحول بها المطالبة لا الدين، واعتبرها في بعض الأحكام إبراء، وجعل المحول بها المطالبة والدين. وإنما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين إذا الحولة مبنية على النقل، وقد أضيف إلى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لأن الحوالة تأجيل معنى ألا ترى أن المحتال عليه إذا مات مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى في بعض الأحكام واعتبر الحقيقة في بعضها، نعم يحتاج إلى بيان لمية خصوص الاعتبار في كل مكان؛ كذا في فتح القدير. وفي تلخيص الجامع بما صار على

قوله: **(إحداهما إن الرهن الخ)** قال الرملي وفي منية المفتي: أحال الغريم المرتهن بالمال على رجل للمرتهن منع الرهن حتى يقبض في أصح الروايتين والمرتهن إن أحال غريماً له على الراهن لم يكن له منع الرهن، وسيذكر الشارح هذا بعد هذه المسألة ذكره الغزي. وقال الغزي أيضاً قلت: لم أر حكم ما إذا أحال المرتهن بدينة الذي به الرهن على الراهن هل له استرداد الرهن أم لا اهـ. أقول: سيأتي قريباً الحكم في ذلك اهـ. قوله: **(بما صار على الحويل ما كان على المحيل)** قال الرملي: تقدم

. . . .

الحويل ما كان على المحيل إذ نقل الدين أو في بمعناها من نقل الطلب وحده وإن عكس أبو يوسف حسب التأثير في عتق المكاتب وبطلان الرهن بعد الإحالة على الغير ولهذا جاز للمحال أن يبرئ الحويل أو يسترهن أو يهب منه دون المحيل على المذهب عكس ما قبلها ولم يصر للمحال ما كان للمحيل، وإن قيدها بالدين حذار تمليكه غير المديون بل يلزم الحويل دينان لهذا لو قبل الحال مؤجلاً لم يظهر الأجل في حق المحيل حسب التأثير بعد الموت والإبراء ا هـ. ثم اعلم أنه يرد على تعريفها بالنقل المذكور أشياء: الأول أن التعريف لا يصدق على الحوالة المقيدة بالوديعة إذ ليس فيها دين انتقل إلى المحال عليه. ثانيها عود الدين بالتوى ولو انتقل الدين لم يعد. ثالثها جبر المحال على قبول الدين من المحيل بعدها ولو انتقل لم يجبر. رابعها قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال ولو انتقل لاختص به المحال. خامسها أن إبراء المحتال المحال عليه لا يرتد بالرد ولو انتقل إليه لارتد. سادسا أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ولو انتقل من ذمة المحيل لصح لكونه أجنبياً. سابعها أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان له أن يرجع على المحيل، ولو انتقل الدين إلى المحال عليه لكانت الهبة إبراء فلا رجوع. ثامنها أنها تفسخ بالفسخ ولو سقط الدين لم يعد. تاسعها عدم سقوط حق حبس المبيع فيما إذا أحاله المشتري. عاشرها كذلك الرهن والجواب أن موجبها نقل موت لا مؤبد فبرئ المحيل براءة موقتة إلى التوى فالرجوع به لأنه لم يبرأ براءة مؤبدة، وإنما برئ بشرط السلامة للمحتال فحيث توى المال لم يوجد الشرط وصح أداء المحيل للمحتال ليستفيد البراءة المؤبدة التي لم تحصل بالحوالة كما علل به في الذخيرة. ولا يضر في نقل الدين قسمته بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال لأن المحتال لم يملك الدين بالحوالة إذ يلزم عليه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وإنما ملك المطالبة، فإذا قبضه ملكه. ولا يلزم أن يكون على المحال عليه دينان

أنه يقال للمحتال حويل ولا يصح هنا إرادة المحتال وإنما تصح إرادة المحتال عليه فلعله يطلق عليهما تأمل. قوله: **(والجواب أن موجبها الخ)** أي الجواب عما ذكر من الإيرادات على طريق اللف والنشر المرتب لكن ترك الجواب عن الأول فأجاب عن الثاني بقوله «إن موجبها نقل موقت الخ» وعن الثالث بقوله «وصح أداء المحيل الخ» وعن الرابع بقوله «ولا يضر في نقل الدين قسمته الخ» وعن الخامس بقوله «لأن المحتال لم يملك الدين بالحوالة الخ» وعن السادس بقوله «وإنما لا يصلح المحيل الخ» وعن السابع بقوله «والفرق بين الهبة والإبراء الخ» وعن الثامن بقوله «وإنما قبلت الفسخ الخ» وعن التاسع بقوله «وإنما لم يبطل حق البائع في الحبس الخ» وعن العاشر بقوله «كالمرتهن إذا أحال غريمه الخ».

قوله: **(فتنعقد حوالة الصبي العاقل)** قال الاستروشني في كتابه أحكام الصغار: ذكر محمد في

. . . .

دين للمحيل بدليل قسمته بين غرمائه ودين للمحتال لأن الممنوع أن يكون للدين الواحد مطالبان لا أن يكون على واحد دينان باعتبارين لهما مطالب واحد كما في الحوالة. وإنما لا يصلح المحيل أن يكون وكيلاً عن المحتال بقبض الدين لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد. والفرق بين الهبة والإبراء في الرجوع وعدمه أن الإبراء إسقاط والهبة من أسباب الملك كالإرث، وإنما قبلت الفسخ لأن الدين لم يسقط بالكلية لأنها توجب الإبراء المؤبد. وفي الذخيرة: إذا أحال المديون المطالب على رجل بألف أو بجميع حقه وقبل منه ثم أحاله أيضاً بجميع حقه على آخر وقبل منه صار الثاني نقضاً للأول وبرئ الأول ا هـ. وإنما لم يبطل حق البائع في الحبس لأن المطالبة باقية، ولذا لو كان المحيل هو البائع بطل حقه في الحبس لأن مطالبته سقطت كالمرتهن إذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن بخلاف ما إذا أحاله الراهن. الثالث في ركنها هو الإيجاب من المحيل والقبول من المحتال عليه والمحتال. الرابع في شرائطها ففي المحيل العقل فلا تصح إحالة مجنون وصبي لا يعقل، والبلوغ وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة وليه كالبيع لأن فيها معنى المبادلة. وأما حريته فليست شرطاً للصحة فتصح حوالة العبد مأذوناً أو محجوراً غير أنه إن كان مأذوناً رجع المحال عليه للحال وإلا فبعد العتق، وكذا صحته فتصح من المريض ومنها رضي المحيل حتى لو كان مكرهاً في الحوالة لم تصح لأنها إبراء فيه معنى التمليك فيفسده الإكراه. وفي المحتال العقل والبلوغ على أنه شرط نفاذ فينفذ احتياله موقوفاً على إجازة وليه إن كان الثاني أصلياً من الأول، وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم لا تصح إلا بهذا الشرط. ومنها الرضا حتى لو احتال مكرهاً لا تصح. ومنها مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد في قولهما خلافاً لأبي يوسف فإنه شرط النفاذ عنده فلو كان المحتال غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لم ينعقد عندهما خلافاً له، والصحيح قولهما. وأما شرائط المحال عليه فالعقل فلم يصح من مجنون وصبي لم يعقل قبولها، والبلوغ فلم يصح من صبي قبولها مطلقاً، سواء كانت بأمر المحيل أو بدونه، لكونها مع الأمر تبرعاً ابتداء وبدونه تبرعاً ابتداء

الأصل الصبي التاجر في الحوالة مثل البالغ. وفي فوائد شيخ الإسلام برهان الدين: صبي محجور عليه أقر بمال وأحال به على الآخر وقبل الآخر الحوالة فالمقر له يتمكن من المطالبة من المحتال عليه أم لا أجاب نعم كما في الكفالة اهـ. قوله: **(رجع المحال عليه للحال)** حذف صلة رجع وليست عليه المذكورة لتغير المعنى بل هي صلة المحال والتقدير رجع المحال عليه على العبد. قوله: **(وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم الخ)** قال في أحكام الصغار بعد هذا: وذكر فخر الدين في بيوع فتاواه الأب والوصي إذا قبل الحوالة على شخص دون المحيل في الملاءة إن وجب بعقدهما جاز عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يجوز عند أبي يوسف، وإن لم يكن واجباً بعقدهما لا يصح في قولهم. وذكر صدر الإسلام أبو اليسر في باب الخلع من المبسوط في حيلة هبة صداق الصغير أن الأب يحتال على نفسه

....

وانتهاء، ولو قبل عنه وليه لم يصح لكونه من المضار فلا يملكه الولي. ومنها الرضا فلو أكره على قبولها لم يصح. ومنها المجلس فإنه شرط الانعقاد. وأما شرائط المحتال به فأن يكون ديناً لازماً فلا تصح ببدل الكتابة فما لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة فلم تصح إحالة المولى غريمه على مكاتبه إلا إذا قيدها ببدل الكتابة، وأما إذا أحال المكاتب مولاه على رجل فإنما يجوز إذا كان له على الرجل دين أو عين. وقيد بها لأن المحتال يكون نائباً عن المكاتب في القبض فيجوز وإن لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيده به لا يجوز ولكن إذا أحال المولى عليه رجلاً لم يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة فإذا أحال مولاه على رجل عتق كما ثبتت الحوالة عكس البائع كما أوضحه الشارح. وتفرع على هذا الشرط أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت الحواله به بأن كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة، ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بأن هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لم تبطل الحوالة لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل، ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لم تبطل وسيأتي الكلام عليها. الخامس في حكمها فلها أحكام منها: براءة المحيل، ومنها ثبوت ولاية المطالبة للمحتال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على اختلافهم، ومنها ثبوت الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحتال فكلما لازمه لازمه، وإذا حبسه حبسه إن كانت بأمر المحيل ولا دين له لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه، وإن كان بغير أمره أو كان مديونه وقد قيدت به

شيئاً فيبرأ ذمة الزوج عن ذلك القدر، ولو كان الأب مثل الزوج في الملاءة فينبغي أن يصح أيضاً اهـ. قوله: **(فلم يصح من صبي قبولها مطلقاً الخ)** هذا ظاهر إذا لم يكن الصبي مديوناً للمحيل وبه يظهر التعليل تأمل وراجع. قوله: **(منها براءة المحيل)** قال الرملي: يؤخذ منه أن الكفيل لو أحال المكفول له على المديون بالدين المكفول به وقبله بريء وهي يواقعة الفتوى وصورتها: أحال الكفيل الطالب بالدين الذي كفله على المطلوب وتراضوا على ذلك ويؤخذ الحكم وهو البراءة من قولهم الحوالة نقل الدين وأنها مشتقة من التحويل والشيء إذا حول عن مكانه بقي خالياً منه، وقد صرح في الجوهرة نقلاً عن الخجندي أنها مبرئة والكفالة غير مبرئة، وصرحوا أيضاً بأن المحال عليه إذا أحال المحال على المحيل برئ، وإن توى المال الذي على الأصيل لم يعد إليه، وصرحوا أيضاً بأن كل دين جازت به الكفالة جازت به الحوالة اهـ. والله تعالى أعلم. وفي الولوالجية: الكفالة متى حصلت بأمر المكفول عنه انعقدت لوجوب دينين: دين للطالب على الكفيل، ودين للكفيل على المكفول عنه إلا أن ما للكفيل على المكفول عنه مؤجل إلى وقت الأداء اهـ. ويفهم من صحة الحوالة وصحة الحوالة توجب براءة المحيل وهو الكفيل، ومقتضى ما في الولوالجية أن يرجع على الكفيل بالتوى، وكذا مقتضى ما تقدم قريباً في هذا الشرح في الجواب عما نقض به الحد أنه يبرأ المحيل براءة موقته إلى التوى. قال في التتارخانية قال في الجامع: رجل كفل عن رجل بمائة وأحال الكفيل الطالب بها

. . . .

فلا ملازمة ولا حبس. السادس في صفتها ذكر في الخلاصة والبزازية أنها على ثلاثة أوجه: لازمة وجائزة وفاسدة. فاللازمة أن يحيل الطالب على رجل ويقبل الحوالة، سواء كانت مقيدة أو مطلقة. والجائزة أن يقيدها بأن يعطي المحال عليه الحوالة من ثمن دار نفسه أو ثمن عبده فلا يجبر المحال عليه على البيع وهو بمنزلة ما لو قبل الحوالة على أن يعطي عند الحصاد فإنه لا يجبر على أداء الماء قبل الأجل. والفاسدة أن يقيد بإعطائه من ثمن دار المحيل أو ثمن عبده لأنها حوالة بما لا يقدر على الوفاء به وهو بيع الدار والعبد فإن الحوالة بهذا الشرط لا يكون توكيلاً ببيع دار المحيل ا هـ. السابع في دليلها روى أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة مرفوعاً «مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع»[1] وفي لفظ الطبراني مرفوعاً «ومن أحيل على مليء فليتبع» ورواه أحمد «ومن أحيل على مليء فليحتل» ثم أكثر العلماء على أن الأمر للاستحباب وعن أحمد للوجوب، والحق الظاهر أنه أمر إباحة فهو دليل جواز نقل الدين شرعاً أو المطالبة والإجماع على جوازها دفعاً للحاجة؛ كذا في فتح القدير. الثامن في أنواعها سيأتي أنها مقيدة ومطلقة. التاسع في سببها. العاشر في محاسنها وهو ما قدمناه في الكفالة قوله: **(وتصح في الدين لا في العين)** لأن النقل الذي تضمنته نقل شرعي وهو لا يتصور في الأعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين فلا بد أن يكون للمحتال دين على المحيل ولذا قال في الخلاصة: رب الدين إذا أحال رجلاً على رجل وليس للمحتال على المحيل دين فهذه وكالة وليست بحوالة ا هـ. وفي القنية: أحال عليه مائة منّ من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شيء ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتل عليه ذلك لا شيء عليه ا هـ. وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط. وفي السراج الوهاج: لا تصح الحوالة بالأعيان والحقوق ا هـ. ولم يمثلوهما قوله: **(برضا المحتال والمحال عليه)** لأن المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الإيفاء، وأما المحال عليه فيلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون. قيد

على رجل فقد برئ الكفيل، والذي عليه الأصل فإن توت المائة على المحتال عليه بموته مفلساً عاد الأمر على الذي عليه الأصل وعلى الكفيل جميعاً يأخذ الطالب أيهما شاء، ولو كان الكفيل أحال الطالب بالمائة على إبرائه منها يريد إبراء الكفيل من المائة فللطالب أن يأخذ الذي عليه الأصل والمحتال عليه فإن مات المحتال عليه مفلساً في هذه الصورة فللطالب أن يأخذ الكفيل أيضاً. قوله: **(وقد قيدت به)** مفهومه أنه لو كان مديونه ولم تقيد الحوالة بالدين أنه له ملازمته وحبسه، ويدل عليه ما

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحوالات باب ١، ٢. مسلم في كتاب المساقاة حديث ٣٣. أبو داود في كتاب البيوع باب ١٠. الترمذي في كتاب البيوع باب ٦٨. الموطأ في كتاب البيوع حديث ٨٤. أحمد في مسنده (٢/ ٧١، ٢٤٥، ٢٥٤).

. . . .

برضاهما لأنها لا تصح مع إكراه أحدهما كما قدمناه وأراد من الرضا القبول في مجلس الإيجاب لما قدمناه أن قبولهما في مجلس الإيجاب شرط الانعقاد وهو مصرح به في البدائع، ولكن في البزازية: لو أحال على غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصح في غيبة المحتال كالكفالة إلا أن يقبل رجل له الحوالة ا هـ. فجعل القبول من المحتال والرضا منهما مع أنه قال: الحوالة تعتمد قبول المحتال والمحال عليه. ولم يذكر المصنف رضا المحيل فإنه ليس بشرط على ما ذكره محمد في الزيادات، وشرطه القدوري. وإنما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف في الروايات كما في إيضاح الإصلاح. والحاصل أنها إن كانت بغير رضا المحيل وكان له دين على المحال عليه فله مطالبته بدينه، وإن لم يكن له دين عليه فلا رجوع للمحال عليه لأنه قضى دينه بغير أمره كما في السراج الوهاج، وكذا حضرته ليست شرطاً حتى لو قيل لصاحب الدين لك على فلان ألف فاحتل بها علي ورضي الطالب بذلك وأجاز صحت فليس له أن يرجع بعد ذلك بخلاف ما لو قيل للمديون عليك ألف لفلان فأحله بها علي فقال المديون أحلت ثم بلغ الطالب فأجاز لا يجوز عند الإمام ومحمد؛ كذا في البزازية. وكذا لو كان المحتال غائباً كما قدمناه. وفيها معزياً إلى المنتقى: قال لآخر أحلني على فلان وسكت ثم قال لم أقبل فالحوالة جائزة ا هـ. ولم يقيد المصنف رحمه الله تعالى بأن يكون الدين المحال به معلوماً ولا بد منه لصحتها لما في البزازية؛ احتال بمال مجهول على نفسه بأن قال احتلت بما يذوب لك على

سيأتي عند قول المصنف «ولو أحاله بماله عند زيد وديعة» قوله: **(ولكن في البزازية لو أحال الخ)** قال الرملي: وفي الخانية ما يوافقه حيث قال: صحة الإحالة تعتمد قبول المحتال له والمحال عليه ولا تصح في غيبة المحتال له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب، ولا تشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة اهـ؛ ذكره الغزي اهـ. قلت: ومثله في الخلاصة وقد مر عند الكلام على شرائطها أن الصحيح قولهما بعدم صحتها في غيبة المحتال فلم تبق المخالفة بين ما هنا وما مر إلا في اشتراط حضرة المحال عليه، وعلى ما هنا مشى في الدرر والغرر فقال: وشرط حضور الثاني أي المحتال إلا أن يقبل فضولي له لا حضور الباقيين. قوله: **(فجعل القبول من المحتال)** قال الرملي: بل جعله من المحتال عليه إذ الضمير راجع إليه تأمل اهـ. قلت: المراد من القبول ما يتوقف على المجلس وهو ما يكون أحد شطري العقد فقول البزازي فقبل أي فرضي فليس المراد به القبول الذي فسر به الرضا لكن قول المؤلف والرضا منهما غير ظاهر لأن المحيل في هذه الصورة موجب والمحتال قابل بدليل اشتراط حضوره، نعم المحال عليه غائب وقد اكتفى برضاه. قوله: **(وكان له دين)** أي للمحيل. قوله: **(وإن لم يكن له دين)** أي للمديون الذي هو المحيل. وقوله «عليه» أي على المحال عليه. قوله: **(وكذا حضرته)** أي المحيل. قوله: **(وكذا لو كان المحتال غائباً)** لعله المحتال

. . . .

فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال، ولا تصح أيضاً الحوالة بهذا اللفظ، والحوالة متى حصلت مبهمة يثبت الأجل في حق المحتال عليه كما في الكفالة. ولو كان المال حالاً على الذي عليه الأصل من قرض أو غضب فأحاله به على رجل إلى سنة فهو جائز، وإن مات المحتال عليه قبل انقضاء الأجل عاد المال إلى المحيل حالاً، فرق بين الحوالة والكفالة، فإن الكفيل إذا كفل بدين وأجل الطالب الدين ولم يضف الأجل إلى الكفيل صار الأجل مشروطاً للأصيل حتى لو مات الكفيل كان الدين على الأصيل مؤجلاً، وفي الحوالة متى أضاف الأجل إلى الدين ولم يضف إلى المحتال عليه لا يصير الأجل مشروطاً في حق الأصيل حتى لو مات المحتال عليه مفلساً لا يعود الدين إلى الأصيل حالاً ا هـ. ومن الغريب ما في المجتبى أحال الغريم بغير رضا المحال عليه لا يجوز، وقيل يجوز كالتوكيل بقبض الدين. وفي شروط الظهيرية: رضا من عليه الحوالة ليس بشرط إجماعاً. قلت: معناه إذا كان المحال به مثل الدين

عليه. قوله: **(والحوالة متى حصلت مبهمة الخ)** قال في الذخيرة من الفصل الثاني: وأما المطلقة فالحالة منها أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف درهم فيجوز ويكون الألف على المحتال عليه حالة لأن الحوالة لتحويل الدين من الأصيل وإنما يتحول على الصفة التي كانت على الأصيل وكانت على الأصيل حالة فيتحول إلى المحتال عليه حالة أيضاً، وليس للمحتال عليه أن يرجع على الأصيل قبل أن يؤدي ولكن إذا لوزم فله أن يلازم الأصيل، وإذا حبس كان له أن يحبس الأصيل حتى يخلصه عن ذلك كما في الكفيل. وإذا أدى يرجع على الأصيل بما أدى، وأما المطلقة المؤجلة رجل له على رجل ألف درهم من ثمن مبيع إلى سنة فأحال بها على رجل إلى سنة فالحوالة جائزة والمال على المحتال عليه إلى سنة لأنه قبل كذلك. ولم يذكر محمد في الأصل ما إذا حصلت الحوالة مبهمة هل يثبت الأجل في حق المحتال عليه. قالوا: وينبغي أن يثبت كما في الكفالة وهذا لأن المحتال عليه متحمل عن الأصيل وإنما يتحمل ما على الأصيل وعلى الأصيل دين مؤجل فيجب على المحتال عليه كذلك. وإن مات الذي عليه الأجل لم يحل المال على المحتال عليه لأن حلول الأجل في حق الأصيل للاستغناء عن المؤجل بموته، وهذا المعنى لا يتأتى في حق المحتال عليه لأنه حي محتاج إلى الأجل لو حل الأجل في حقه إنما يحل تبعاً لحلوله على الأصيل ولا وجه إليه لأن الأصيل بريء عن الدين بالحوالة فالتحق بسائر الأجانب. وإن مات المحتال عليه قبل حلول الأجل والذي عليه الأصل حي حل المال عليه لأنه بالموت استغنى عن الأجل، فإن لم يكن له وفاء رجع المحتال له بالمال على الذي عليه الأصل إلى أجله وإن سقط حكماً للحوالة وقد انتقضت بموت المحتال عليه فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الأجل وكان بمنزلة ما لو باع المديون بدين مؤجل عبداً من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل لأن سقوط الأجل كان بحكم البيع كذا ههنا. وإن كان المال حالاً على الذي عليه الأصل من قرض وأحال بها على رجل إلى سنة فهو جائز وإن كان هذا تأجيلاً في القرض لأن المال إنما يجب على المحتال عليه بحكم الحوالة لا بالقرض. والتأجيل في الحوالة جائز وكان بمنزلة ما لو

. . . .

ا هـ. والمذهب المعتمد أنه لا بد من رضا المحال عليه سواء كان عليه دين أو لا، وسواء كان المحال به مثل الدين أو لا. ثم اعلم أن الحوالة إذا صحت برضا المحال عليه وغاب المحيل فادعى المحال عليه ما يوجب براءة المحيل ليبرأ فهل تسمع دعواه؟ ففي البزازية: غاب المحيل وزعم المحتال عليه أن مال المحتال على المحيل كان ثمن خمر لا تصح دعواه وإن برهن على ذلك كما في الكفالة ا هـ. وفي فروق الكرابيسي: لو أحال امرأته بصداقها على رجل وقبل الحوالة ثم غاب الزوج فأقام المحتال عليه بينة أن نكاحها كان فاسداً وبين لذلك وجهاً لا تقبل بينته، ولو ادعى أنها كانت أبرأت زوجها عن صداقها أو أن الزوج أعطاها المهر أو باع بصداقها منها شيئاً وقبضت قبلت بينته، وإن كان المبيع غير مقبوض لا تقبل بينته، والفرق أن مدعي فساد النكاح متناقض أو لأنه يدعي أمراً مستنكراً فلا تسمع دعواه بخلاف دعوى الإبراء أو البيع لأنه غير مستنكر، وكذا هذا في الكفالة ا هـ. فعلى هذا لو ادعى المحيل أنه أوفاه الدين بعدها تسمع وتقبل بينته لأنه غير مستنكر.

قوله: **(وبرئ المحيل بالقبول من الدين)** أي بقبول المحتال الحوالة على المحال عليه لأن الأحكام الشرعية تبتنى على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل بخلاف الكفالة لأنها الضم وهو لا يتحقق مع البراءة. وقوله «من الدين» رد على من يقول بأنه يبرأ عن المطالبة لا الدين وقدمنا ذلك، ومراده أنه يبرأ براءة موقتة كما قدمناه، فلو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع، وكذا لو أحال الراهن المرتهن لا يحبس الرهن، ولو أحال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس في الثلاثة هذا هو مقتضى براءة المحيل ولكن المنقول في الزيادات عكسه وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا سقط حقهما في الحبس، ولو أحيلا لم يسقط لأن المحال عليه قائم مقام المحيل فلم تسقط مطالبتهما والمكاتب على عكس ذلك فإنه إن أحال مولاه على رجل عتق، وإن أحال مولاه عليه لم يعتق حتى يؤدي البدل لأنها معلقة ببراءة ذمته وقد برئت إذا كان المكاتب محيلاً لا إذا كان محالاً عليه. وقوله «برئ المحيل من الدين» غير شامل لما إذا كان المحيل كفيلاً وخصها ببراءة نفسه فإنه يبرأ عن المطالبة لأنه لا دين عليه على الصحيح، وأما إذا أطلق الحوالة فإن الأصيل يبرأ أيضاً لأن الحوالة المطلقة تنصرف إلى الدين وهو على الأصيل فيبرأ ويتبعه الكفيل كصلح الكفيل مع الطالب إن أطلقه برئا، وإن اشترط براءة نفسه خاصة برئ الكفيل وحده؛ كذا في تلخيص الجامع. فإذا أحال الطالب على الكفيل بمال

أجل الطالب الكفيل بالقرض فإنه يجوز لأن المال يجب على الكفيل بعقد الكفالة لا بالقرض والواجب بالكفالة يقبل الأجل اهـ. قوله: **(لم يملك)** أي البائع. قوله: **(ولكن المنقول في الزيادات عكسه الخ)** الظاهر أن ما اقتضاه كلام المصنف مبني على ما مشى عليه أولاً وهو أنها نقل الدين والمطالبة وهو

وبرئ المحيل بالقبول من الدين ولم يرجع المحتال على المحيل إلا بالتوى وهو أن يجحد الحوالة

الكفالة صح، وإن أحال على الأصيل فكذلك ولا سبيل للمحتال على الكفيل لأنه لم يضمن؛ كذا في البزازية. وفي قوله «برئ المحيل» إشارة إلى براءة كفيله فإذا أحال الأصيل الطالب برئا؛ كذا في المحيط. ولم يشترط المصنف لبراءة المحيل قبض المحال من المحال عليه فلا تتوقف على القبض إلا في مسألتين في تلخيص الجامع قال: وإن كان دينه جياداً أو ذهباً وعليه زيف أو ورق فأحال عنهما بجياد أو ذهب على أن يأخذهما من غريمه جاز إن قبل الغريم ناقداً في مجلس المحيل والمحال إذا تصارفا مقتضى إيجاب الجياد كما ينقل الدين مقتضى هبته من الكفيل وأكدا بدله بضمان الحويل في المجلس كشرط الرهن والكفيل والنقل إلى ذمته توثيق بمنزلة الملاءة عادة لا تفويت للقبض المستحق إلا أن يبرئه المحال فينعكس ويبطل الصرف لأنه فسخ مجازاً كيلا يلغو إذا لاقى ماله حكم الغير حذار الاستبدال غير مشروط بالقبول لوجود الرضا ضمن الحوالة ضد غيرها، ولو أحاله على الجياد أو الذهب الذي عليه أو على أن يعطيه الجياد أو الذهب الذي عليه لم يجز لأن التعريف ضد التنكير بجعل الدين الذي عليه بدلاً وفيه تمليكه من غير من عليه أو شرط الثمن على الغير ضد ما لو كانت الجياد والذهب وديعة أو غصباً قائماً أو ملك العين والدين اهـ. ولم يذكر المصنف ما إذا اختلفا في الإحالة. قال في البزازية: زعم المديون أنه كان أحال الدائن على فلان وقبله وأنكره الطالب سأل الحاكم من المديون البينة على الحوالة إن أحضرها والمحتال عليه حاضر قبلت وبرئ المديون، وإن غائباً قبلت في حق التوقف إلى حضور المحال عليه، فإن حضر وأقر بما قال المديون برئ وإلا أمر بإعادة البينة عليه، وإن كان الشهود ماتوا أو غابوا حلف المحتال عليه، وإن لم يكن للمديون بينة وطلب حلف الطالب بالله ما احتال على فلان بالمال فإن نكل برئ المطلوب اهـ قوله: **(ولم يرجع المحتال على المحيل إلا بالتوى)** لأن براءته مقيدة بسلامة حقه إذ هو المقصود، أو لفسخ الحوالة لفواته وأنها تحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع. وهذا إذا لم يشترط الخيار للمحال، أما إذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح؛ كذا في البزازية. ومراده إذا كانت الحوالة باقية، أما إذا فسخت الحوالة فإن للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال في البدائع: إن حكمها ينتهي بفسخها وبالتوى. وفي البزازية: والمحيل والمحتال يملكان النقض وبالنقض يبرأ المحتال عليه. وقدمنا عن الذخيرة أن الحوالة إذا تعددت على رجلين كانت الثانية نقضاً للأولى. وفيها أيضاً: قال محمد في الزيادات: رجل له على رجل ألف درهم وبها كفيل وعلى

الصحيح وهو قول أبي يوسف، وما في الزيادات قول محمد يشهد له ما قدمه المؤلف هناك فراجعه. ثم رأيت في الخلاصة قد ذكر مسألة إحالة البائع والمشتري وعزاها للزيادات كما هنا ثم قال: وفي التجريد جعل هذا قول محمد وعند أبي يوسف سقط حق الحبس في الوجهين جميعاً اهـ.

. . . .

رب الدين لرجلين ألفاً درهم دين لكل واحد منهما ألف درهم أحال رب الدين أحد غريميه على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين وأحال الغريم الآخر على الأصيل حوالة مقيدة بذلك الدين فهذا على وجهين: إما أن حصلت الحوالتان على التعاقب وهو على وجهين: إما إن بدأ بالحوالة على الأصيل أو بالحوالة على الكفيل؛ فإن بدأ بالحوالة على الكفيل صحت الحوالتان، أما الحوالة على الكفيل فظاهر، وأما الحوالة على الأصيل فلأن تأخير المطالبة عن الكفيل لا يوجب تأخير المطالبة عن الأصيل، ولا تبطل الحوالة الأولى بالحوالة الثانية لأن المطالبة قد تأخرت عن الكفيل بالحوالة الأولى. وإن بدأ بالحوالة على الأصيل ثم بالحوالة على الكفيل فالحوالة على الأصيل صحيحة وعلى الكفيل باطلة، ولو وقعتا معاً جازتا إلى آخر ما فيها. وقوله «إلا بالتوى» مقيد بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانياً لما في الذخيرة: رجل أحال رجلاً له عليه دين على رجل ثم إن المحتال عليه أحاله على الذي عليه الأصل برئ المحتال عليه الأول، فإن توى المال على الذي عليه الأصل لا يعود إلى المحتال عليه الأول، فإن توى المال على الذي عليه الأصل لا يعود إلى المحتال عليه الأول اهـ. وللتوى معنيان لغوي واصطلاحي هنا فالأول ففي المصباح: التوى وزان الحصى وقد يمد هو الهلاك اهـ. وفي الصحاح: التوى مقصوراً هلاك المال يقال توى المال بالكسر يتوى توى أوتواه غيره وهذا مال أَتَوَ على فَعَلَ اهـ. وأما الثاني فأفاده بقوله قوله: **(وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له أو يموت مفلساً)** لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة، ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند أبي حنيفة. وقالا: هو توى لأنه عجز عن الأخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود أو بموته مفلساً. ولأبي حنيفة أن الدين باقٍ في ذمته وبتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل. وهذا بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لهما لأن مال الله تعالى عز وجل غادٍ ورائح. وفي البزازية: أحال على رجل فغاب المحتال عليه فزعم المحتال أن المحتال عليه جحد الحوالة وحلف وبرهن على ذلك لا تقبل ولا تصح دعواه لأن المشهود عليه غائب اهـ. وفي المحيط: وإن صدقه المحيل رجع عليه بدون البينة والإفلاس للميت بأن لم يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً ووجود الكفيل يمنع موته مفلساً على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع وأن المحتال لو أبرأ الكفيل بعد موت المحال عليه فله أن يرجع بدينه على المحيل. وفي البزازية: أخذ المحتال من المحال عليه بالمال كفيلاً ثم مات المحال عليه مفلساً لا يعود الدين إلى ذمة المحيل، سواء كفل بأمره أو بغير أمره، والكفالة حالة أو مؤجلة أو كفل حالاً ثم أجله المكفول له،

قوله: **(وفي البزازية أحال على رجل الخ)** الضمير في «جحد» و«حلف» للمحتال عليه وفي

ويحلف ولا بينة له أو بموت مفلساً فإن طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت

وإن لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهناً ثم مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل، ولو كان مسلطاً على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلساً بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن، ولو قال الطالب مات المحال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة فالقول للطالب مع حلفه اهـ. ثم قال فيها: قال المحيل مات المحال عليه بعد أداء الدين إليك وقال المحال عليه بل قبله وتوى حقي فلي الرجوع فالقول للمحتال لتمسكه بالأصل اهـ. وأورد على قولهم لتمسكه بالأصل وهو العسرة ما لو أوصى لفقراء بني فلان وجاء واحد من بني فلان وقال أنا فقير وقالت الورثة إنه غني فالقول للورثة وإن كان الأصل العسرة لأن الفقير مدع وليس بدافع شيئاً عن نفسه من حيث المعنى، وفي مسألتنا الطالب منكر معنى لأن المحيل بدعواه أن المحتال عليه مات عن وفاء يدعي توجه المطالبة على الورثة وأنها لم تكن ثابتة على الوارث، وهذا دعوى على الطالب فإنه متى ثبت ذلك لا يعود الدين على المحيل والطالب بدعوى الفقر ينكر ذلك فقد انضم إلى التمسك بالأصل الإنكار معنى وفي مثله القول قول المتمسك بالأصل؛ كذا في الذخيرة قوله: **(فإن طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين)** لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر. وإنما قال «مثل الدين» ولم يقل بما أداه فلو كان المحال به دراهم فأدى دنانير أو عكسه صرفاً رجع بالمحال به، وكذا إذا أعطاه عرضاً. وإن أعطاه زيوفاً بدل الجياد رجع بالجياد، وكذا لو صالحة بشيء فإنه يرجع بالمحال به إلا إذا صالحه عن جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدي بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى إلا إذا أدى أجود أو جنساً آخر. والكفيل كالحويل يرجع بالدين لا بما أدى إلا في الصلح على الأقل كما قدمناه في الكفالة، ولا بد أن يقول بعد قوله بما أحال بعدما دفع المحال به إلى المحتال ولو حكماً لأنه قبل الدفع إليه لا يطالبه إلا إذا طولب ولا يلازمه إلا إذا لوزم كما قدمناه، فلو أبرأ المحتال المحال عليه فإنه لا رجوع له على المحيل، ولو كان المحال عليه مديوناً للمحيل وقد أحاله بدينه مقيداً فللمحيل الرجوع عليه بدينه بعد إبراء المحتال. وإنما قلنا ولو حكماً لأن المحتال لو وهبه من المحال عليه فله الرجوع ولا رجوع للمحيل بدينه لو كان مديونه وقد أحاله به كالاستيفاء والوراثة من المحتال كالهبة؛ كذا في البزازية. وفيها عن الثاني: أحال المشتري بالثمن على إنسان فتبرع أجنبي بقضاء الثمن عن المشتري لم يرجع المحتال عليه على المشتري، وإن تبرع على المحتال عليه يرجع، وإن لم يبين فالقول للمتبرع، وإن ميتاً أو غائباً فعن المحتال عليه ما لم

«برهن» للمحتال. قوله: **(وفي الخلاصة لا يمنع وإن المحتال لا)** الذي رأيته في الخلاصة نصه: ولو مات المحتال عليه ولم يترك شيئاً وقد أعطى كفيلاً بالمال ثم أبرأ صاحب المال الكفيل منه له أن يرجع

بدين لي عليك ضمن مثل الدين وإن قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل ولو أحال بماله عند زيد وديعة صحت فإن هلكت برئ وكره السفاتج.

يعلم خلافه بإقرار الدافع قوله: **(وإن قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل)** لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكره ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة مجازاً لما في التوكيل من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل فيكون القول له مع يمينه. فإن قيل: قلتم إن المحيل لا يملك إبطال الحوالة فلو لم يجعل المحتال مستحقاً لملك المحيل إبطالها لأنه يملك فسخ التوكيل بالقبض قلنا: الحوالة قد صحت وهي محتملة أن تكون بمال هو دين على المحيل، ويحتمل أن يكون أقامه مقام نفسه فلا يجوز إبطال الحوالة بالإحتمال؛ كذا في السراج الوهاج. وفي المحيط: إلا أن يكون المحيل قال للحويل أضمن عني هذا المال لأن قوله أضمن عني لا يحتمل الوكالة لأنه أمره بالضمان عنه. وإنما يصير ضامناً عنه إذا كان على المحيل دين فكان إقراراً هنا بالمال عليه اهـ. وفي النوادر: لو غاب المحتال وأراد المحيل أن يقبض المال من المحال عليه وقال أحلته بوكالة لا يصدق على ذلك لأنه قضاء على الغائب؛ هذه رواية بشر خالد بن الوليد. وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أنه يقبل قول المحيل أنه وكله لأن الدين حقه قبل المحال عليه وقد أنكر إسقاطه بالحوالة وأقر بحق قبضه للوكيل بالوكالة، وكذا لو قال تدفعه جاز نهيه وأن الآخر غائباً؛ كذا في المحيط قوله: **(ولو أحاله بماله عند زيد وديعة صحت فإن هلكت برئ)** بيان للحوالة المقيدة وحاصله أنها نوعان: مطلقة ومقيدة. فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو وديعة أو عين في يده وديعة أو غصب أو نحوه. والمطلقة أن يرسلها إرسالاً ولا يقيدها بواحد مما ذكر، سواء كان له دين على المحال عليه أو عنده، عين له أو لا بأن قبلها متبرعاً، والكل جائز لأنه في المقيدة وكيل في الدفع، وفي المطلقة متبرع. وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين وللمحال عليه الرجوع على المحيل بعد أدائه إن كانت برضاه ولو كان الدين مؤجلاً في حق المحيل تأجل في حق المحال عليه ولا يحل بموت المحيل ويحل بموت المحال

على صاحب الأصل. وفي الزيادات: المحتال له إذا أخذ الكفيل من المحتال عليه بالمال ثم مات المحتال عليه مفلساً لا يعود الدين إلى ذمة المحيل، سواء كفل عنه بأمره أو بغير أمره، والكفالة حالة أو مؤجلة أو كفل حالاً ثم أجله المكفول له اهـ. ولم أر فيها التصريح بأنه لا يمنع وما ذكره من رجوعه على الأصل وهو المحيل سببه إبراء الكفيل وهو غير ما نقله عن الزيادات تأمل. قوله: **(وفي المحيط إلا أن يكون المحيل الخ)** استثناء من قول المتن «فالقول للمحيل» والظاهر أن المراد بالحويل المحتال عليه كما تقدم نظيره في عبارة تلخيص الجامع. وقوله «لا يحتمل الوكالة» أي لا يتحمل

....

عليه. وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال عليه من الدين أو العين لتعلق حق المحتال على مثال الراهن بخلاف المطلقة فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه من الدين أو عنده من العين بخلاف المقيدة، وقدمنا حكم إبراء المحتال وهبته وإرثه. ولو مات المحيل قبل قبض المحتال كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص لكونه مال المحيل ولم يثبت عليه يد الاستيفاء لغيره لأن المحتال لم يملكه بها للزوم تمليك الدين من غير من هو عليه، وإنما وجب بها دين في ذمة المحال عليه مع بقاء دين المحيل وقد حققناه فيما سلف، وسيأتي حكم ما إذا قبضه المحتال به بعد مرض المحيل بخلاف الرهن لأن ثابت عليه يد الاستيفاء فاختص به المرتهن بعد موت الراهن مديوناً بخلاف المطلقة لبراءة المحيل وصار المحتال من غرماء المحال عليه، وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذي كان عليه. وظاهر قولهم بقسمته بين غرماء المحيل أنه يقسم بين ورثته أيضاً بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته، ولم أره الآن. والمراد بالبراءة في قوله برئ بطلان الحوالة لأن المودع كما قدمنا وكيل في دفعها فلا دين عليه، أو المراد البراءة عن المطالبة وهو الظاهر وهلاكها بقول المودع، ولذا قال في الخلاصة: لو قال المودع ضاعت بطلت الحوالة اهـ. ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وإنما قضى من ماله كان متطوعاً قياساً لا استحساناً وقد مرت في الوكالة؛ كذا في المحيط. وفي التتارخانية: والاستحسان أن لا يكون متبرعاً وله أن يشارك غرماء المحيل في تركته ووديعته

وكالة المحيل بقوله أحلتك على فلان مع قوله للمحتال عليه اضمن عني هذا المال. هذا ما ظهر لنا فتأمله. قوله: **(بخلاف المطلقة)** أي فإنه يملك المحيل المطالبة فيها إلا أن يؤدي فإذا أدى سقط ما عليه قصاصاً كما في الجوهرة. قوله: **(ولو مات المحيل قبل قبض المحتال الخ)** ظاهره أن هذا في الحوالة المقيدة بدليل قوله «كان الدين والعين المحال بهما» وهو مقتضى التعليل بقوله «لكونه مال المحيل» ولا يكون مال المحيل إلا في المقيدة لأنه في المطلقة متبرع لكن صرح في البزازية بما يقتضي عدم الفرق بين المطلقة والمقيدة ونصه: مات المحيل بعد الحوالة قبل استيفاء المحتال المال من المحتال عليه وعلى المحيل ديون كثيرة فالمحتال مع سائر الغرماء على السواء ولا يرجع المحتال بالحوالة، وكذا لو قيد بدينه الذي على المحتال عليه لو مات قبل الاستيفاء يتساوى المحتال مع سائر الغرماء اهـ. ومقتضاه بطلان الحوالة بموت المحيل، وبه صرح في الحاوي الزاهدي وعبارته كما نقلها بعض العلماء: مات المحيل تبطل الحوالة حتى لا يختص المحتال بماله على المحتال عليه بل أسوة لغرمائه لأنها تمليك الدين لغير من هو عليه وهو غير جائز إلا أنها جوزت للحاجة وبالموت سقطت وتعود المطالبة إلى تركته، وعن زفر خلافه. قوله: **(بخلاف المطلقة)** الظاهر أنه مرتبط بقوله «ولو مات المحيل قبل قبض المحتال الخ» فيفيد أن ذاك خاص بالمقيدة، وقوله «وإذا قسم الدين الخ» أي في

....

بقدر ما أدى واستحقاق الوديعة مبطل لها كهلاكها كما في الخانية. وفي التتارخانية: لو كانت الحوالة مقيدة بالعين الوديعة فوهبها المحتال من المحال عليه صح التمليك وهو مشكل لأن المحتال لم يملكها فكيف يملكها. وجوابه أنه لما كان له حق أن يتملكها كان له أن يملكها اهـ. وقيد بالوديعة لأن الحوالة بالمغصوب لا تبطل بهلاكه؛ ذكره الشارح في أول كتاب الرهن. ووجهه أنه لا يبرأ بالهلاك للانتقال إلى بدله مثلاً وقيمته. وفي البزازية: لو كانت مقيدة بالغصب لا تبطل لوجود الخلف. وقيد بهلاك العين لأنها لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه، فلو أحال المولى غريمه على المكاتب ببدل الكتابة ثم أعتق المولى المكاتب لم تبطل الحوالة عندنا خلافاً لزفر. وعلى هذا الخلاف ما إذا باع عبداً من رجل بألف درهم ثم إن البائع أحال غريماً بالثمن على المشتري فمات العبد قبل القبض أو رد بخيار من الخيارات الثلاث قبل القبض أو بعده لم تبطل، ولو استحق المبيع أو استحق الدين الذي قيد به الحوالة من جهة الغرماء أو ظهر أن العبد المبيع كان حراً بطلت الحوالة إجماعاً. والفرق أن في الأول سقط الدين بعد الوجوب مقصوداً فلم تبطل الحوالة، وفي الثاني ظهر عدم الوجوب وقت الحوالة فبطلت، وإذا لم تبطل وأدى فإنه يرجع به على المحيل فيرجع المكاتب على سيده إن أداه بعد عتقه لا قبله؛ كذا في الذخيرة. ثم قال: وفي المنتقى: رجل اشترى عبداً بألف درهم وقبضه ثم أحال المشتري البائع بالثمن على غريمه من المال الذي له عليه ثم رد المشتري العبد بعيب بقضاء فإن القاضي يبطل الحوالة، فإن كان البائع أجل المحتال عليه بالمال فإن الأجل ينتقض أيضاً إذا كان الرد بحكم، فإن كان الرد بغير حكم لا يبطل الأجل والمشتري بالخيار إن شاء اتبع البائع به حالاً وإن شاء اتبع المحتال عليه إلى أجله اهـ. فقد فرق على رواية المنتقى بين إحالة البائع غريمه على المشتري وبين إحالة المشتري البائع على غريمه حيث لا تبطل في الأولى بالفسخ، وتبطل في الثانية، ولعل وجهه

المقيدة كما أفاده ما قررناه وفي ذلك مخالفة لما نقلناه عن البزازية فليتأمل. قوله: **(والفرق إن في الأول)** أي في إعتاق المكاتب وموت العبد المبيع أو رده بخيار لكن يرد عليه أن سقوط الدين بموت العبد ليس مقصوداً فالمناسب أن يقول إن الدين في الأول سقط بأمر عارض كما في الجوهرة حيث قال: وأما إن سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تتبين براءة الأصيل منه لا تبطل الحوالة مثل أن يحتال بألف من ثمن مبيع فهلك المبيع قبل تسليمه على المشتري سقط الثمن عنه ولا تبطل الحوالة، ولكنه إذا أدى رجع على المحيل بما أدى لأنه قضى دينه بأمره اهـ. قوله: **(ولعل وجهه)** أي وجه الفرق بينهما أنه في الأولى تبين أن لا دين عليه أي على المحال عليه وهو المشتري وهي تصح بدون دين عليه وفيه نظر، لأن ذلك في المطلقة وكلامنا في المقيدة فالمناسب أن يقول كما قدمناه عن الجوهرة أن في الأولى تبين سقوط الدين بأمر عارض وهو الفسخ بالعيب. قوله: **(وفي**

. . . .

أن في الأولى تبين أن لا دين عليه وهي تصح بدون دين على المحال عليه، وفي الثانية ظهر أن المحيل ليس بمديون فبطلت. ثم قال في الذخيرة: وإن كان البائع أبرأ المحتال عليه من المال أو وهبه له أو اشترى منه ثوباً وقبضه ثم رد المشتري المبيع بعيب بقضاء أو بغيره جازت الهبة والإبراء والبائع ضامن للمال، وكذا لو مات العبد في يد البائع قبل القبض، وكذا لو استحق بعده وقد أبرأ البائع المحتال عليه من المال أو وهبه له اهـ. وهو مشكل بالنسبة إلى مسألة الاستحقاق لما تقدم من بطلان الحوالة إذا استحق المبيع لأنه تبين أن لا دين أصلاً فلما بطلت ينبغي أن يبطل ما ابتنى عليها من الهبة والإبراء من البائع، وقد وقعت حادثة الفتوى في المديون إذا باع شيئاً من دائنه بمثل الدين ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل تصح أو لا؟ فأجبت إذا وقع بنظيره صحت لأنها لم تقيد بالثمن ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه، وإن وقعت بالثمن فهي مقيدة بالدين وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء، وقدمنا أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل والله أعلم.

فروع مهمة: يجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الأب والوصي على أملأ من الأول لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر، وإن كان مثله في الملاءة اختلفوا على قولين. ولو احتالا بدينه إلى أجل لم يجز لكونه إبراء موقتاً فيعتبر بالإبراء المؤبد. وهذا إذا كان ديناً ورثه الصغير، وإن وجب بعقدهما جاز التأجيل عندهما خلافاً لأبي يوسف؛ كذا في المحيط. وكذا قبول الحوالة من المتولي على هذا التفصيل. ولم يذكروا فيما رأيت حكم إحالة المستحق بمعلومه على المتولي، وينبغي أن تكون صحيحة إذا كان مال الوقف تحت يده كالإحالة على المودع بجامع أن كلاً منهما أمين ولا دين عليه. وأما إذا لم يكن في يده مال الوقف فلا لأنها لثبوت المطالبة على المحال عليه، ولو قبل الحوالة بالمال الذي للمحيل على المحال عليه ثم مرض المحيل فقضى المحال عليه سلم للمحتال ما أخذه ويؤخذ من المحال عليه ما علم ويقسم بين غرماء المحيل بالحصص ويشاركهم المحتال عليه. ولو كانت الحوالة بوديعة فالمسألة بحالها فلا سبيل لغرماء المحيل على المحال عليه، ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبرئ الأول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل. ولو قال ضمنت لك ما على فلان على أن أحيلك به على فلان فرضي الطالب؛ إن أحاله وقبله جاز، وإن لم يقبل فلان الحوالة فالكفيل ضامن على حاله.

الثانية ظهر أن المحيل ليس بمديون فبطلت) قال بعض الفضلاء: لا يظهر لأن الحوالة تصح بدون دين على المحيل أيضاً كما مر متناً، وكان الظاهر أن يقول وفي الثانية ظهر أن الحوالة بمعنى الوكالة وللوكيل الامتناع عنها اهـ. فتأمل. قوله: **(وهو مشكل الخ)** قد يجاب بأن المحتال وهو البائع قد صار قابضاً من المحتال عليه بإبرائه أو هبته قبضاً حكمياً وبالشراء منه صار قابضاً قبضاً حقيقياً، وقد علمت أن هذه الحوالة بمعنى الوكالة فصار البائع كالوكيل عن المشتري فيرجع عليه بما قبضه بعد بطلان الحوالة تأمل.

....

ولو قال على أن أحيلك به على فلان إلى شهر انصرف التأجيل إلى الدين لأنه لا يصح تأجيل عقد الحوالة، وإذا أراد أن يحيله على فلان فلم يقبل المكفول له الحوالة برئ الكفيل عن الضامن، وإن مات فلان لم يكن للطالب أن يطالبه بالمال حتى يمضي شهر؛ والكل في المحيط. وفي البزازية: أدى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار إن شاء رجع على القابض وهو المحتال، وإن شاء رجع على المحيل، وعلى هذا إذا باع الآجر المستأجر وأحال بالثمن على المستأجر ثم استحق المستأجر من يد المشتري إن شاء رجع بالثمن على المؤجر المحيل، وإن شاء رجع على المستأجر القابض، وكذا في كل موضع ورد فيه الاستحقاق اهـ قوله: **(وكره السفاتج)** جمع سفتجة قيل بضم السين، وقيل بفتحها. وأما التاء مفتوحة فيهما فارسي معرب وفسرها بعضهم فقال: هي كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالاً قرضاً يأمن به خطر الطريق؛ كذا في المصباح. وفي القاموس: السفتجة كقرطقة أن يعطي مالاً لآخر والآخذ مال في بلد المعطي فيوفيه إياها ثم فيستفيد أمن الطريق وفعله السفتجة بالفتح اهـ. وحاصله عندنا قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق للنهي عن قرض جر منفعة. وقيل: إذا لم يكن المنفعة مشروطة فلا بأس به. وفي البزازية من كتاب الصرف ما يقتضي ترجيح الثاني قال: ولا بأس بقبول هدية الغريم وإجابة دعوته بلا شرط، وكذا إذا قضى أجود ما قبض يحل بلا شرط، وكذا لو قضى أدون ولو أرجح في الوزن إن كثيراً لم يجز وإن قل جاز، وما لا يدخل في تفاوت الموازين ولا يجري بين الكيلين لا يسلم له بل يرده والدرهم في مائة يرده بالاتفاق. واختلفوا في نصفه قيل كثير، وقيل قليل، ولو أن المستقرض وهب منه الزائد لم يجز لأنه مشاع يحتمل القسمة اهـ. والله أعلم.

قوله: **(وينبغي أن تكون صحيحة)** أي لو الحوالة مقيدة، أما المطلقة فلا شك أنها لا تصح لتصريحهم باختصاصها بالديون لابتنائها على النقل. قال في الجوهرة: فلا تصح بالحقوق؛ كذا في النهر وقد مر. قال: ومقتضى ما في البحر صحة الحوالة بحق الغنيمة المحرزة تحت يد الإمام من أحد الغانمين وعندي فيه تردد فتدبره. قوله: **(على المحال عليه)** ويكون المدفوع بين غرماء المحيل وبين المحتال بالحصص فيه نظر فليراجع. قوله: **(وعلى هذا إذا باع الآجر المستأجر)** قال الرملي: أي بإذن المستأجر كما في الخلاصة.

قوله: **(وأحال بالثمن على المستأجر)** كذا رأيته في البزازية والذي في الخلاصة: وأحال المستأجر على المشتري فاستحق المبيع من يد المشتري وهو قد أدى الثمن إلى المستأجر الخ. وتقدم عند الكلام على حكمها مسألة من صور فساد الحوالة فراجعها. قوله: **(وفسرها بعضهم الخ)** هي على هذا التفسير ما يسمى في زماننا بالبولصه. قوله: **(وفي البزازية من كتاب الصرف ما يقضي ترجيح الثاني)** قال في النهر: وبه جزم في الصغرى والواقعات الحسامية والكفاية للشهيد. نعم قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا.

كتاب القضاء

أهله أهل الشهادة والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا إنه لا ينبغي أن يقلد

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء، والكلام فيه في عشرة مواضع: الأول في معناه لغة وهو بالمد ككساء أو أكسية ففي المصباح أنه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت اهـ. وفي الصحاح: القضاء الحكم وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف قلبت همزة، والجمع الأقضية. وقضى أي حكم ومنه قوله تعالى ﴿وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه﴾ [الإسراء: ٢٣] وقد يكون بمعنى الفراغ تقول قضيت حاجتي وضربه فقضى عليه أي قتله كأنه فرغ منه وسم قاض أي قاتل وقضى نحبه قضاء أي مات. وقد يكون بمعنى الأداء والإنهاء تقول قضيت ديني ومنه قوله تعالى ﴿وقضينا إلى بني اسرائيل في الكتاب﴾ [الإسراء: ٤] وقوله تعالى ﴿وقضينا إليه ذلك الأمر﴾ [الحجر: ٦٦] أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك. قال الفراء في قوله تعالى ﴿ثم اقضوا إلى﴾ [يونس: ٧١] أي امضوا إلي كما يقال قضى فلان أي مات ومضى وقد يكون بمعنى الصنع والتقدير قال أبو ذؤيب:

وعليهما مسرودتان قضاهما داود أو صنع السوابغ تبع

يقال قضاه أي صنعه وقدره ومنه قوله تعالى ﴿فقضاهن سبع سموات في يومين﴾ [فصلت: ١٢] ومنه القضاء والقدر ويقال استقضى فلان أي صير قاضياً اهـ. وحاصله أنه يستعمل لغة بمعنى الحكم والفراغ والهلاك والأداء والإنهاء والمضي والصنع والتقدير. وفي القاموس: القضاء يمد أو يقصر الحكم قضى عليه يقضي قضياً وقضى وقضية وهي الاسم أيضاً إلى آخر ما فيه. الثاني في معناه شرعاً فعرفه في فتح القدير بالإلزام، وفي المحيط بفصل الخصومات وقطع المنازعات، وفي البدائع الحكم بين الناس بالحق وهو الثابت عند الله تعالى

كتاب القضاء

قوله: **(وحكي في التتمة الخلاف في الثبوت الخ)** قال الرملي: وفي الفواكه البدرية: وأما قوله

....

من حكم الحادثة إما قطعاً بأن كان عليه دليل قطعي وهو النص المفسر من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع، وإما ظاهراً بأن أقام عليه دليلاً ظاهراً يوجب علم غالب الرأي وأكثر الظن وهو ظاهر الكتاب والسنة ولو خبر واحد والقياس، وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء أو التي لا رواية فيها عن السلف، فلو قضى بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز لأنه قضى بالباطل قطعاً، وكذا لو قضى في موضع الاختلاف بما هو خارج عن أقاويل الفقهاء لم يجز لأن الحق لم يعدوهم، ولذا لو قضى الاجتهاد فيما فيه نص ظاهر بخلافه لم يجز لأن القياس في مقابلة النص باطل ولو ظاهراً. وأما ما لا نص فيه فإن مجتهداً قضى برأيه لا برأي غيره، وإذا قلد الأفقه وسعه عند الإمام الاجتهاد خلافاً لهما، وقيل الخلاف على العكس. وإن أشكل عليه الحكم استعمل رأيه، والأفضل مشاورة الفقهاء، فإن اختلفوا أخذ بما يؤدي إلى الحق ظاهراً، وإن اتفقوا على خلاف رأيه عمل برأي نفسه لكن لا يعجل بالقضاء حتى لو قضى مجازفاً لم يصح فيما بينه وبين الله تعالى، فإذا كان مجتهداً أو لا يدري حاله يحمل على أنه قضى برأيه حملاً له على الصلاح، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد فإن حفظ أقاويل الصحابة عمل بمن يعتقد قوله حقاً على التقليد وإلا عمل الفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا، فإن لم يكن فيها إلا واحد وسعه الأخذ بقوله، ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم بذلك لم ينفذ. ولو كان ناسياً فله أن يبطله، وفي بعض الروايات صح قضاؤه عنده خلافاً لهما اهـ. وعرفه العلامة قاسم بأنه إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، فخرج القضاء على خلاف الإجماع، وخرج ما ليس بحادثة وما كان من العبادات اهـ. ووقع في الهداية وكثير التعبير بباب أدب القاضي ففي العناية الأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتحرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل قال أبو زيد ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه اهـ. وفي فتح القدير: الأدب الخصال الحميدة فالمراد بها هنا ما ينبغي للقاضي أن يفعله وما عليه أن ينتهي عنه. والأولى التفسير بالملكة لأنها الصفة الراسخة للنفس فما لم يكن كذلك لا يكون أدباً كما لا يخفى. وفي القاموس: الأدب محركة الظرف وحسن التناول أدب كحسن أدباً هو أديب والجمع أدباء اهـ. الثالث في ركنه وهو ما يدل عليه من قول أو فعل فالأول قال في القنية: قول القاضي «حكمت» أو «قضيت» ليس بشرط، وقوله بعد إقامة البينة للمعتمد أقمه واطلب الذهب منه حكم منه، وقوله «ثبت عندي» يكفي، وكذا إذا قال «ظهر عندي» أو «صح عندي» أو «علمت» فهذا كله حكم في المختار. زاد في الخزانة أو «أشهد عليه».

وحكي في التتمة الخلاف في الثبوت، وصحح في البزازية أنه حكم وذكر في أنفع الوسائل معزياً إلى الكبرى للخاصي أن الفتوى على أن الثبوت حكم، وكذا في الخانية.

....

والتحقيق أنه لا خلاف فمن قال إنه ليس بحكم أراد به إذا لم يكن بعد تقدم دعوى صحيحة، ومن قال إنه حكم أراد إذا كان بعد الدعوى. ثم اعلم أن الثبوت ليس بحكم اتفاقاً في مواضع ظفرت بها منها: ثبوت ملك البائع للعين المبيعة عند البيع وهو المسمى ببينة الجريان، قد ذكره ابن وهبان في شرح قوله في المنظومة «ويدخل شرب الأرض من دون ذكره». قال: إذا شهد الشهود بملكية الأرض لإنسان على ما هو المعتاد في كتب التبايع في بلادنا أنه يقيم المشتري أو البائع بينة بأن البائع لم يزل جائزاً مالكاً لجميع الأرض، وكذلك في الوقف من أجل صحة البيع أو الموقوف أو غيرهما اهـ. وفائدة بينة الملك للبائع أو الواقف التوصل إلى قضاء القاضي بصحة البيع أو الوقف وإلا لم يقض بالصحة، وإنما يقضي بموجب ما أقر به كما في فتاوى قارئ الهداية. ومنها ما ذكره ابن الغرس من قولهم لا تصح الدعوى في العقار حتى يثبت المدعي أن المدعى عليه واضع يده عليه وهذا الثبوت ليس بحكم قطعاً اهـ. قال: ومنها قول الموثق وثبت عنده أن العين بصفة الاستبدال شرعاً. ومنها قولهم في خيار العيب لا بد أن يثبت المشتري قيام العيب للحال لتوجه الخصومة إلى البائع فإنه ثبوت مجرد لا حكم. ومنها قولهم أنه ثبت أن لا مال للصغير سوى العقار عند بيع عقاره اهـ. وفي البزازية: قوله «لا أرى لك حقاً في هذه الدار بهذه الدعوى» لا يكون قضاء ما لم يقل أمضيت أو أنفذت عليك القضاء بكذا. وكذا قوله للمدعى عليه سلم هذه الدار إليه بعد إقامة البرهان. قال: وهذا نص على أن أمره لا يكون بمنزلة قضائه. وذكر شمس الأئمة أنه حكم لأن أمره إلزام وحكم. وإذا قال القاضي ثبت عندي وقلنا أنه حكم فالأولى أن يبين أن الثبوت بماذا بالإقرار أم بالبينة لمخالفة الحكم بين

ثبت عندي فموضع الحكم وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. ثم ذكر بعده وأما الثبوت فقد قال علماؤنا: قول القاضي ثبت عندي حكم وعرف المتشرعين والموثقين الآن على أن الثبوت ليس بحكم بدليل تقسيم الثبوت إلى ما اقترن به الحكم وما كان مجرداً وبدليل قولهم في التسجيل، ولما ثبت عنده حكم والمتعارف في ذلك غير مختص بمذهب بل نسبته من حيث الاستعمال إلى جميع المذاهب واحدة كما هو ظاهر. وقد فصل بعض المتأخرين فقال ما معناه: إن الثبوت إن وقع على السبب لا يكون حكماً كما إذا قال ثبت عندي جريان العقد بين المتعاقدين وإن وقع على المسبب كان حكماً كما إذا قال ثبت عندي ملكه لكذا وهو قول متجه لو تم وجهه ولكنه لا يتم، ثم ذكر بيانه فراجعه ثم قال: وفي معنى قول القاضي ثبت عندي صح عندي اهـ قوله: **(والتحقيق أنه لا خلاف الخ)** قال الرملي: بعيد جداً بل لا يقال لأن الدعوى الغير الصحيحة لا يفيد فيها لفظ حكمت المجمع عليه خلفة عن لفظ ثبت عندي تأمل. وفي فتاوى قارئ الهداية: الصحيح أن قول القاضي ثبت عندي حكم منه اهـ. قوله: **(ثم اعلم أن الثبوت ليس بحكم اتفاقاً في مواضع)** ليس المراد بالثبوت في هذه المواضع ما مر لأن المراد به فيما مر قول القاضي ثبت عندي كذا، وليس المراد بالثبوت في هذه المواضع الإخبار

. . . .

طريقي الحكمين. وفي الخانية: لو قال القاضي بعدما شهد العدول أرى أن الحق للمشهود له لم يكن قضاء لأن قوله أرى أو رأى بمنزلة قوله أظن. ولو قال أظن لم يكن قضاء. ثم قال البزازي: أمر القاضي ليس كقضائه بدليل ما ذكره الظهيرية: وقف على الفقراء فاحتاج بعض قرابة الواقف فأمر القاضي بأن يصرف شيء من الوقف إليه فهذا بمنزلة الفتوى حتى لو أراد أن يصرفه إلى فقير آخر صح، ولو حكم بأن لا يصرف إلا إلى أقربائه نفذ حكمه دل هذا أن أمره ليس بحكم اهـ. والحاصل أنهم اختلفوا في قوله سلم الدار هل هو حكم أو لا ولم يحكوا خلافاً في أن أمره بإعطاء بعض قرابته ليس بحكم. وأما قولهم لو حكم القاضي أن لا يعطي غير هذا الرجل نفذ حكمه فقد قال في فتح القدير من الوقف بعد نقله عن الخصاف من غير تقييد بأقارب الواقف: وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى ظفرت في المسألة بقويلة أن هذا الحكم لا يصح ولا يلزم اهـ. ويمكن أن تجعل له حادثة هي إعطاء المتولي فقيراً شيئاً من وقف الفقراء سنة ثم جاء له في السنة الثانية فمنعه وأراد أن يعطي غيره فترافعا إلى القاضي فرأى القاضي أن الدفع إليه أصلح لعلمه وصلاحه فحكم على المتولي بأن لا يعطي غيره نفذ لأن فيه موافقة للشرط لأنه فقير. وكذا علل في أوقاف الخصاف بعد المسألتين أعني ما إذا أعطاه القاضي بلا حكم، وأما إذا حكم بأن لا يعطي غيره بأن في كل منهما تنفيذ شرط الواقف. ولم يحكوا خلافاً في أن أمره بحبس الخصم حكم كأمره بالأخذ منه.

قال في القنية: وأمر القاضي بحبس المدعى عليه قضاء بالحق اهـ. وفائدته لو حبسه حنفي في معاملة بفائدة ليس للمالكي إبطالها؛ كذا في أنفع الوسائل. وأما فعله فعلى وجهين: فما لم يكن موضعاً للحكم فليس بحكم قطعاً، ومنه ما إذا أذنت بالغة عاقلة في تزويج نفسها فزوجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية. وما كان منها موضعاً له أي محلاً فقد اختلفوا فيه وله صور منها: تزويج الصغار الذين لا ولي لهم، ومنها شراؤه وبيعه مال اليتيم. ومنها قسمة القاضي العقار إلى غير ذلك مما هو في هذا المعنى؛ فجزم في التجنيس بأنه حكم ولذا لو زوج اليتيمة من ابنه لم يجز. ورده في فتح القدير من كتاب النكاح بأنه ليس بحكم لانتفاء شرطه وهو الأوجه. قال: والإلحاق بالوكيل يكفي للمنع يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك أن يزوج من ابنه فكذا القاضي بمنزلة الوكيل. أقول: وكذا ما ذكره في التتمة من أن القاضي لو باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لأن بيع القاضي يكون على وجه الحكم وحكمه لنفسه لا يجوز اهـ. خلاف الأوجه والإلحاق بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكماً لأن بيع الوكيل من نفسه باطل، وكذا ما ذكر في الذخيرة من أن

بذلك بل غيره. قوله: **(أرى أن الحق للمشهود له)** قال في النهر: ينبغي أن يكون بضم الهمزة أما إذا كان بمعنى «اعلم» فقد مر أن علمت تكون حكماً. قوله: **(لانتفاء شرطه)** أي شرط الحكم وهو

. . . .

الإمام إذا اشترى شيئاً من الغنيمة لنفسه لا يجوز شراؤه وإن كان للغانمين فيه منفعة ظاهرة لأن الإمام إنما يبيع الغنائم على وجه الحكم بين المسلمين ولهذا لا تلزم العهدة عليه، فلو جاز بيعه من نفسه كان ذلك حكماً من نفسه، وحكم الإمام والقاضي لنفسه لا يجوز اهـ. خلاف الأوجه ولكن لما كثر ذلك في كلام أئمتنا فالأولى أن يقال: إن الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى والفعلي لا كالقضاء الضمني لا يحتاج إلى الدعوى له، وإنما يحتاج القصدي فيدخل الضمني تبعاً تصحيحاً لكلامهم. فممن نقل أن فعل القاضي حكم صاحب التجنيس والتتمة والذخيرة كما أسلفناه وصرح به في بيوع المحيط والإمام شمس الأئمة السرخسي وفي بيوع فتاوى قاضيخان وصرح به محمد في الأصل قال: إذا حضر الورثة إلى القاضي فطلبوا القسمة وبينهم وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة: لا أقسم بينهم بإقرارهم حتى يقيموا بينة على الموت والمواريث. وقال أبو يوسف ومحمد: أقسم ذلك بإقرارهم. وقال أبو حنيفة: لا أقسم ذلك بقولهم ولا أقضي على الغائب والصغير بقولهم لأن قسمة القاضي قضاء منه اهـ. وما في الأصل من قوله لأن قسمة القاضي قضاء منه قاطع للشبهة كلها فتعين الرجوع إلى الحق. وأما شرائطه وهو الرابع ففي الحكم أن يكون بعد تقدم دعوى صحيحة من خصم على خصم فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكماً. وإنما هو إفتاء صرح به الإمام السرخسي قال: وهذا شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات؛ ذكره العمادي في فصوله والبزازي في فتاواه، ونقل الشيخ قاسم في فتاواه الإجماع عليه.

وفي فتاوى قاضيخان: إنما ينفذ القضاء عند شرائط القضاء من الخصومة وغيرها فإذا لم يوجد لم ينفذ اهـ. فإذا حكم شافعي بموجب بيع عقار لا يكون حكماً بأن لا شفعة للجار

الدعوى الصحيحة سيجيب عنه المؤلف. قوله: **(وهو الأوجه)** بل قال ابن الغرس: إنه الصواب. قوله: **(قاطع للشبهة كلها)** أي لأنه لا يمكن أن يقال فيه إنه ملحق بالوكيل فتعين كون علة المنع هي كون فعله حكماً.

قوله: **(وذكر العمادي)** قال الرملي: أي وذكره أيضاً العمادي إلخ. فإسقاط لفظ ذكره الثاني من سهو والكاتب. قوله: **(فإذا حكم شافعي بموجب بيع عقار الخ)** اعلم أن الحكم بالموجب مما تعورف بين المتشرعين والموثقين وهو أعم من المقتضى لأنه يشمل الصحة والبطلان كالحكم بموجب بيع المدبر معناه بطلانه لو القاضي حنفياً وصحته لو شافعياً والمقتضى لا يشمل البطلان فإن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه فيجتمعان في الصحة وينفرد الموجب في البطلان. ثم إن الموجب قد يكون أمراً واحداً أو أموراً يستلزم بعضها بعضاً من الثبوت أو لا يستلزم فالأول كالقضاء بالأملاك المرسلة والطلاق والعتاق إذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة، وهذا القسم لا كلام فيه إذ ذكر الموجب فيه وأصح الدلالة على المراد. والثاني كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به فأنكر الدين فأقام البينة على الدين

....

لعدم حادثة الشفعة وقت الحكم به، وهكذا في نظائره كما ذكره العلامة قاسم في فتاواه. والموجب بفتح الجيم هو الحكم، ومن شرائط الحكم أن يكون بحق كالقضاء بالبينة أو اليمين أو النكول أو علم القاضي بشرطه أو كتاب القاضي إلى القاضي بشرطه، وباخبار القاضي يجوز لنائبه القضاء وعكسه كما في البزازية. ولا يشترط له المصر على ظاهر الرواية فالقضاء بالسواد صحيح وبه يفتى، ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين، وأما إذا كانت في عقار لا في ولايته فالصحيح الجواز كما في الخلاصة والبزازية. وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط. فإن قلت: هل تقرير القاضي للنفقة حكم منه؟ قلت: هو حكم وطلب المرأة التقرير بشرطه دعوى فقد وجد بعد الدعوى والحادثة، ويدل عليه ما في نفقات خزانة المفتيين: وإذا أراد القاضي أن يفرض النفقة يقول فرضت عليك نفقة امرأتك كذا وكذا في مدة كذا، أو يقول قضيت عليك بالنفقة مدة كذا يصح وتجب على الزوج حتى لا تسقط بمضي المدة لأن نفقة زمان المستقبل تصير واجبة بقضاء القاضي حتى لو أبرأت بعد الفرض صح اهـ. فإن قلت: إذا فرض لها نفقة مدة معينة كان

والكفالة يحكم بموجب ذلك فالموجب هنا أمران: لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل، والثاني يستلزم الأول في الثبوت فإذا قضى بالموجب في مثله فقد قضى بجميعه. والثالث كما إذا حكم شافعي بموجب بيع عقار كما ذكره المؤلف فالموجب هنا مجمل تفسره الطريق الموصلة إلى القضاء، فإن أدت إلى جميع تلك الأمور بأن كانت مدعى بها كلها حمل الموجب عليها، وإن إلى بعض معين منها تعين أنه المقضى به دون الآخر فللمخالف الحكم به برأيه ولا يكون حكم الأول بذلك الفرد المعين مانعاً من الحكم بالآخر ومثله كثيرة. ومنها ما إذا قضى الحنفي بموجب التواجر بين أصيلين فمات أحدهما لا يكون حكماً بعد انفساخها، ثم الاستلزام السابق قد يكون من أحد الجانبين كالمثال المار، وقد يكون منهما كخروج العين من ملك البائع ودخولها في ملك المشتري بحكم العقد. هذا حاصل ما حققه العلامة ابن الغرس في الفواكه البدرية. قال في النهر: وبقي قسم رابع نص عليه في منية المفتي وغيرها فقال في فسخ اليمين المضافة: لو قال القاضي قضيت بالنكاح بينهما صح وإن كان له أيمان مختلفة، ولو لم يبطل القاضي حتى أجاز نكاح فضولي بالفعل ثم طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بنفسه ثم رفع الأمر إلى القاضي، فإن علم بتقدم نكاح الفضولي ومع ذلك قضاء بالنكاح بينهما صح وكان قضاء ببطلان اليمين وببطلان نكاح الفضولي وببطلان الثلاث بعده، وإن لم يعلم بتقدم نكاح الفضولي ينبغي أن يعلم حتى يقصد بقضائه موضعي الاجتهاد اليمين المضافة ونكاح الفضولي اهـ. فهذه الأمور التي استلزمها الحكم بالنكاح توقف إيقاعها على علمه بها اهـ. قلت: لا يخفى أن هذا الرابع في الحقيقة شرط للثالث وهو أن المحكوم به إذا استلزم أموراً اجتهادية يشترط علمه بها ليقصدها بقضائه فليتأمل هذا. وفي الفواكه البدرية أيضاً: ومما يتصل بذلك سؤال صورته: حكم حنفي بموجب البيع في عبد بشرط البراءة من كل عيب وبعدم المرد بعيب ظهر مع العلم

....

قضاء بجميعها فإذا فرض لها نفقة كل يوم أو كل شهر هل يكون قضاء بواحد أو بالكل؟ قلت: هو قضاء بالجميع ما دامت في عصمته ولم يمنع مانع بدليل ما في الخزانة: فرض كل شهر عشرة دراهم فأبرأت من نفقتها أبداً برئ من نفقة الشهر الأول، فإذا مضى أشهر فأبرأته من نفقة ما مضى وما يستقبل برئ مما مضى ومن شهر مما يستقبل؛ وتمامه فيها. وفي المحكوم عليه وله حضرته أو من يقوم مقامه كوكيل ووصي ومتولٍ على وقف وأحد الورثة أو يكون ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر فالقضاء بلا خصم حاضر غير صحيح، وقد صرح بعدم صحته الشارحون عند قولهم «لا يقضى على غائب» كما سنبينه إن شاء الله تعالى. وصرح به في البدائع هنا أنه من شرائط القضاء، وبهذا يظهر أن قولهم أن القضاء على الغائب ينفذ في أظهر الروايتين عن أصحابنا وعليه الفتوى كما في الخلاصة وغيرها محمول على ما إذا كان القاضي شافعياً وإلا فمشكل. وما وقع في بعض الكتب كالقنية من أنه في حق الحنفي أيضاً ضعيف، وسيأتي بيان اختلاف التصحيح.

وفي الحاكم: العقل والبلوغ والإسلام والحرية والسمع والبصر والنطق والسلامة عن حد القذف وأن يكون مولى للحكم دون سماع الدعوى فقط كما في الخزانة لا الذكورة والاجتهاد، وأما في المحكوم به فإن يكون معلوماً كما في البدائع كما سيأتي في الدعوى، وأما في المحكوم له فدعواه الصحيحة، وأما طلبه الحكم في حقوق العباد من القاضي بعد وجود الشرائط ففي الخلاصة: طلب الحكم ليس بشرط وأن يكون ممن تقبل شهادة القاضي له كما في البدائع، وسيزداد الأمر وضوحاً إن شاء الله تعالى. وأما صفته وهو الخامس فوجب عند استجماع شرائطه وانتفاء الريبة ولذا قال في جامع الفصولين: القاضي بتأخير

بالخلاف والحال أنهما لم يتخاصما عنه في عيب ظهر بل في التبايع وللقضاة عادة في ذلك. فلو خاصم المشتري في ظهور عيب عند القاضي الشافعي هل له الحكم بالرد والحالة هذه أم لا، أم يكون حكم الحنفي مانعاً له منه؟ فأجبت ليس للحنفي الحكم بذلك ولا بعدم الرد، بالعيب لعدم الخصومة عنده فيه للشافعي أن يحكم بالرد بالعيب، وليست هذه الصورة من القضاء الضمني فإنه الذي لا بد منه في القضاء القصدي، ومن صورة ما مر عن كفالة الغائب وهي حيلة إثبات الدين على الغائب فإنه قضاء على الحاضر قصداً وعلى الغائب ضمناً، وإذا أبرأ الدائن الكفيل بعد القضاء يبرأ ويصير الدين مقضياً به على الكفيل.. اهـ ملخصاً وتمامه فيه. قوله: **(وبهذا يظهر أن قولهم إن القضاء على الغائب الخ)** قال الرملي: أقول في جامع الفصولين فيمن غاب عن امرأته وتركها بلا نفقة نقلاً عن القنية أنه لو قضى بالفرقة بسبب العجز عن النفقة أنه ينفذ ثم قال: ولا يشترط أن يكون شفعوي المذهب لأنه لا خلاف في نفاذ القضاء فقوله «لا يشترط» يرد حمله هنا ويزول الإشكال بالحمل على اختلاف الروايتين، وسيأتي في شرح قوله «وإلا لم يحكم» وفي شرح قوله «ولا يقضى على غائب»

....

الحكم يأثم ويعزل ويعزر اهـ. ويجوز تأخيره لرجاء الصلح بين الأقارب أو لاستمهال المدعى عليه كما في الولوالجية. وفي شرح باكير أن القاضي إذا أخر القضاء بعد إقامة البينه يفسق وإن أنكره يكفر اهـ. وأما صفة قبوله للقضاء فسيأتي أنه فرض وحرام ومباح ومستحب. والسادس في طريق ثبوته له وجهان: أحدهما اعترافه حيث كان متولياً وسيأتي أنه إذا قال قاضٍ عالم عدل قضيت على هذا بالقطع أو بالقتل وسعك فعله وإن لم تعاين سببه، وأما إذا كانَ معزولاً فهو كواحد من الرعايا لا يقبل قوله مطلقاً إلا فيما إذا كان في يده كما سيأتي. وفي السراج الوهاج: الحاكم إذا حكم بحق ثم قال بعد عزله كنت حكمت لفلان بكذا لم يقبل قوله اهـ. الثاني أن يشهد شاهد إن على حكمه بعد دعوى صحيحة إن لم يكن القاضي منكراً. قال في البزازية والخلاصة: وإن أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الأصل فلا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر وإقامة البينة كما لو أردوا إثبات قضاء قاضٍ آخر اهـ. وفي البزازية أيضاً: شهدا على القاضي أنه قضى في غير مجلس القضاء أو خارج المصر تقبل عنده خلافاً لهما اهـ. قيدنا بعدم إنكاره لأنهما لو شهدا أنه قضى بكذا وقال لم أقض بشيء لا تقبل شهادتهما خلافاً لمحمد؛ كذا في البزازية اهـ. ورجح في جامع الفصولين قول محمد قال: وينبغي أن يفتى به لما علم من أحوال قضاة زماننا. ثم نقل أن محمداً قال: لا يقضي القاضي بعلمه. ثم نقل عن عيون المذاهب أن بقوله يفتى.

وقيد بقوله «بعد دعوى صحيحة» لأنه قبلها إفتاء لا حكم ما قدمناه، وبه علم أن الاتصالات والتنافيذ الواقعة في زماننا المجردة عن الدعاوى ليست حكماً وإنما فائدتها تسليم الثاني للأول قضاه. السابع في أحكامه فمنها بالنسبة إلى الحكم اللزوم فليس لأحد نقضه حيث كان مجتهداً فيه ومستوفياً شرائطه الشرعية. وهل يصح رجوع القاضي عنه؟ ففي الخلاصة والبزازية: للقاضي أن يرجع عن قضائه إن كان خطأ رجع ورده، وإن كان مختلفاً فيه أمضاه وقضى فيما يأتي بما هو عنده، فإن ظهر له نص بخلاف قضائه نقضه، ثم إن كان في حقوق العباد كالطلاق والعتاق والقصاص أو ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف إن قال القاضي تعمدت فالضمان في ماله ويعزر للجناية، وإن أخطأ يضمن الدية، وفي الطلاق والعتاق ترد المرأة إلى الزوج والرقيق إلى المولى، وفي حقوقه تعالى كالزنا والشرب إذا حد وبان الشهود عبيداً وقال تعمدت الحكم يضمن في ماله الدية، وفي الخطأ يضمن من

مزيد تقرير فيه فراجع كلاً من المحلين وتأمل. قوله: **(وبه علم أن الاتصالات والتنافيذ الخ)** قال الرملي: وسيذكره أيضاً في شرح قوله «وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه» اهـ. أي في باب كتاب القاضي إلى القاضي. قوله: **(للقاضي أن يرجع عن قضائه الخ)** قال الرملي: وفي مسائل شتى آخر المتن إذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقفت على

....

بيت المال. هذا إذا ظهر الخطأ بالبينة أو بإقرار المقضى له، أما إذا أقر القاضي بذلك لا يثبت الخطأ كما لو رجع الشاهد عن الشهادة لا يبطل القضاء ا هـ. وإذا أقر المقضى له ببطلانه بطل إلا المقضي بحريته كما في البزازية، وبالنسبة إلى التولية عدمه. وفي الخلاصة والبزازية: للسلطان أن يعزل القاضي لريبة أو لغير ريبة ا هـ. قلت: ولقاضي القضاة عزل نائبه بجنحة وغيرها، ومنها أن القضاء إذا فوض لاثنين لا يلي القضاء أحدهما فلو شرط أن ينفرد كل منهما بالقضاء لا رواية فيه، وقال الإمام ظهير الدين: ينبغي أن يجوز لأن نائب القاضي نائب عن السلطان حتى لا ينعزل بانعزال القاضي ويملك التفرد؛ كذا في البزازية. ومنها صحة تعليقه وإضافته وتقييده بزمان ومكان، ولو لم يقيده ببلد فالمختار أنه يصير قاضياً ببلده الذي هو فيه لا في كل بلاد السلطان، وهذا في تعليق الولاية. وهل يصح تعليق ولاية القضاء؟ قال في نفقات خزانة المفتين: امرأة أقامت على رجل بينة بالنكاح فلا نفقة لها في مدة المسألة عن الشهود، ولو أراد القاضي أن يفرض لها النفقة لما رأى من المصلحة ينبغي أن يقول لها إن كنت امرأته قد فرضت لك عليه في كل شهر كذا ويشهد على ذلك، فإذا مضى شهر وقد استدانت وعدلت البينة أخذت نفقتها منذ فرض لها ا هـ. وعلى هذا فقول القاضي حكمت بكذا إن لم يمنع مانع شرعي صحيح. ومن أحكامه أنه لو قضى فضولي فأجاز القاضي قضاءه جاز، ولو كان مولى في كل أسبوع يومين فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه، فإن أجازه في نوبته جاز كما في آخر جامع الفصولين؛ كذا في البزازية. ولو استثنى حوادث فلان لا يقضي فيها ولو قضى لا ينفذ. ومنها أنها لا يملك الاستخلاف إلا بإذن صريح أو دلالة بأن يقول له جعلتك قاضي القضاة. ومنها أن القاضي لا يبقى أكثر من سنة كي لا ينسى العلم. ومنها أنه يقتصر على المقضى عليه وعلى كل من تلقى الملك منه ولا يتعدى إلى الكافة ويتعدى في القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح، ولا يتعدى في الوقف على الأصح وقدمناه في باب الاستحقاق من البيوع. الثامن فيما يخرج القاضي عن القضاء ففي البزازية: أربع خصال

تلبيس الشهود وأبطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماضٍ إن كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة. قال ابن وهبان: ويفهم التقييد أنه إذا كان قضى بعلمه يجوز له الرجوع كأن يعترف عنده الآخر بحق ثم غابا ثم جاء اثنان تداعيا عنده فحكم لأحدهما ظاناً أنه المعترف ثم تبين أنه غيره فإنه ينبغي له أن لا يمضي حكمه. ويؤيده ما في القنية عن أبي حامد: قضى في حادثة ثم ظهر له خطؤه يجب عليه أن ينقض قضاءه اهـ. قال: وهذا بخلاف ما إذا قضى في مجتهد فيه رأى خلافه ليس له أن يرجع عن حكمه ولا لغيره أن ينقضه ما لم يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع. قوله: **(وبالنسبة إلى التولية عدمه)** معطوف عليه قوله «بالنسبة إلى الحكم» والضمير في «عدمه» للزوم. قوله: **(أو الدين)** سيأتي قريباً عن الولواجية ما يخالفه مع الجمع بينهما قوله: **(وينبغي أن الخصم لو علم**

. . . .

إذا حل بالقاضي انعزل: فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين. وإذا عزل السلطان القاضي لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر كالوكيل. وعن الثاني أنه لا ينعزل ما لم يأت قاضٍ آخر صيانة للمسلمين عن تعطيل قضاياهم.

وهذا إذا لم يعلق عزله بشرط كوصول الكتاب ونحوه وإن معلقاً لا ينعزل ما لم يصل إليه الكتاب وإن وصل إليه الخبر. وإذا مات القاضي انعزل خلفاؤه، وإذا عزل القاضي فالفتوى على أن النائب لا ينعزل بعزله لأنه نائب السلطان أو العامة، وبعزل نائب القاضي لا ينعزل القاضي ولا ينعزل بموت الخليفة؛ كذا في البزازية. وفيها: القاضي إذا عزل نفسه وبلغ السلطان عزله ينعزل، وكذا إذا كتب به إلى السلطان وبلغ الكتاب إلى السلطان، وقيل لا ينعزل بعزل نفسه لأنه نائب عن العامة فلا يملك إبطال حقهم ا هـ. وينبغي أن الخصم لو علم بعزله ولم يعلم القاضي أنه لا ينفذ حكمه لعلمه أنه غير حاكم باطناً ولم أره، وكذا لم أر ما إذا بلغ النائب عزل قاضي القضاة، وينبغي أن لا ينعزل حتى يعلم أصله، وكذا لم أر حكم ما إذا بلغ الأصل دون النواب ولم يعلمهم فحكموا، وينبغي أن يصح حكمهم وأن يستحق الأصل ما عين له على القضاء من بيت المال لمباشرة نوابه. وفي البدائع أن القاضي يخرج عن القضاء بكل ما يخرج الوكيل إلا إذا مات الخليفة أو خلع فإنه لا تنعزل قضاته وولاته، وإذا مات الموكل انعزل وكيله ولا ينعزل بأخذ الرشوة والفسق عندنا ا هـ. وفي البزازية: قلد السلطان رجلاً قضاء بلدة ثم بعد أيام قلد القضاء آخر ولم يتعرض لعزل الأول الأظهر والأشبه أنه لا ينعزل ا هـ. وفي الولوالجية: إذا ارتد القاضي أو فسق ثم صلح فهو على حاله لأن المرتد أمره موقوف ولأن الارتداد فسق وبنفس الفسق لا ينعزل إلا أن ما قضى في حالة الردة باطل بخلاف الحكم إذا ارتد فإنه يخرج، والفرق مذكور فيها، وما قدمناه عن البزازية من أنه ينعزل بفوات الدين يخالفه إلا أن يقال بالردة ينعزل عن نفاذ قضائه جمعاً بينهما. وفي الواقعات الحسامية: الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخره فيه روايتان ا هـ. وبه علمت أن ما في الخلاصة على خلاف المفتى به، وعلمت أن تقليد الكافر صحيح وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره. وفي الخزانة: إذا عمي القاضي ثم أبصر فهو على قضائه ا هـ. التاسع في آدابه وستأتي. العاشر في محاسنه منها إنصاف المظلوم من الظالم، وتخليص الحقوق إلى أهلها، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو من أعظم العبادات وبه أمر كل نبي قال الله تعالى ﴿أنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون﴾ [المائدة: ٤٤]

بعزله الخ) ظاهر ما مر من أنه لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر أنه لا ينعزل ظاهراً ولا باطناً وذلك مناف لما بحثه المؤلف تأمل. قوله: **(وبه علمت أن ما في الخلاصة على خلاف المفتي به)** الذي تقدم

. . . .

وقال تعالى ﴿وإن الحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ [المائدة: ٤٩] والحاكم نائب عن الله تعالى في أرضه ولولاه لفسد العباد والبلاد ومع ذلك فله مساو مذكورة في شرح أدب القضاء للخصاف للصدر الشهيد.

قوله: **(أهله أهل الشهادة)** أي أهل القضاء أي من يصح منه أو من تصح توليته له لأن كلاً منهما يثبت الولاية على الغير والشاهد يلزم الحاكم أن بحكم بشهادته والحاكم والخصم بحكمه فكانا من باب واحد. وليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة ليلزم منه بناء القوي على الضعيف، وإنما المراد أنهما يرجعان في شيء واحد وهو أن يكون حراً مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً لا أن حكمه مبني على حكمها لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس فعرف أوصافه بأوصافها وتمامه في النهاية. فلا تصح تولية كافر وصبي فلذا قال في البزازية: قلد القضاء لصبي ثم أدرك لا يقضى به؛ ذكره في المنتقى. وفي الأجناس: قلد القضاء الكافر ثم أسلم فهو على قضائه ولا يحتاج إلى تحديد ثانٍ اهـ. وفيها قبله: السلطان أمر عبده بنصب القاضي في بلدة ونصب يصح بطريق النيابة عن السلطان، ولو حكم بنفسه لا يصح، ولو جمع بنفسه بعد أمره أو أمر غيره صح. الإمام أذن لعبده بالقضاء فقضى بعد ما عتق جاز ولا يحتاج إلى تجديد الإذن كما لو تحمل الشهادة في الرق ثم عتق اهـ. وقدمنا أن شرائط القاضي ثمانية وفي منظومة ابن وهبان: وتولية الأطروش الأصح جوازها. وفسرها الشارح بأن يسمع ما قوي من الأصوات والأصم بخلافه وهو من لا يسمع ألبته. وفي القاموس: قوم طرش والأطرش الأصم. وظاهر كلامهم أن من لا تقبل شهادته لم يصح قضاؤه ولا يرد الفاسق فإنه عندنا أهل لهما لأن القاضي لو قضى بشهادته صح وإن كان يأثم كما سيأتي، فعلى هذا لا يصح قضاء العدو على عدوه عدواة دنيوية كالشهادة وإن قلنا بصحته إذا قضى

عزوه إلى البزازية لا إلى الخلاصة. قوله: **(فلا تصح تولية كافر وصبي)** مخالف لما مر عن الواقعات. قوله: **(قلد القضاء الكافر ثم أسلم على قضائه)** هو إحدى الروايتين كما مر. قوله: **(وقدمنا أن شرائط القاضي ثمانية)** الذي قدمه تسعة وقد نظمها السيد الحموي فقال:

شروط القضاء تسع عليك بحفظها	لتحرز سبقاً في طلابك للعلا
بلوغ وإسلام وعقل ومنطق	فصيح به فصل الخصومة قد حلا
توليه حكماً دون سمع لدعوة	وحرية سمع والإبصار قد تلا
وفقدان حد القذف قد شرطوا له	كما قال زين الدين في البحر مجملا

قوله: **(وفي القاموس قوم طرش الخ)** قال الرملي: وذكر في القاموس قبل قوله «قوم طرش» الطرش أهون الصمم وذكر في صمم الصمم محركه انسداد الأذنين وثقل السمع. قوله: **(وظاهر كلامهم أن من لا تقبل شهادته لم يصح قضاؤه)** هو عكس الكلية المذكورة في المتن. وقال في النهر:

....

بالبينة أو الإقرار لا بعلمه فهي مستثناة، ولا يصح القضاء لمن لا تقبل شهادته له إلا في مسألة ما إذا ورد عليه كتاب القاضي فإنه يقضى له كما في السراج الوهاج، وكتبناه في فوائد القضاء وسنتكلم عليه إن شاء الله تعالى في الشهادات. ولو ولى السلطان قاضياً مشركاً على الكفار فظاهر تعليل الخلاصة الصحة وهو ظاهر لأنه أهل للشهادة عليهم، وسألت عن تولية الباشاه بالقاهرة قاضياً ليحكم في حادثة خاصة مع وجود قاضيها المولى من السلطان فأجبت بعدم الصحة لأنه لم يفوض إليه تقليد القضاء ولذا لو حكم بنفسه لم يصح كما قدمناه قوله: **(والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد)** لما قدمنا أنهما من باب واحد، ولا ينبغي تقليده لأن القضاء من باب الأمانة والفاسق لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته به كما لا ينبغي قبول شهادته فإن قبلها نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الأولوية عين الأولى أن لا تقبل شهادته وإن قبل جاز. وفي فتح القدير: ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فإن قضى جاز ونفذ ا هـ. ومقتضاه الإثم وعلى الأول لا يأثم، وظاهر الآية يفيد أنه لا يحل قبولها قبل تعرف حاله وهي قوله ﴿إن جاءكم فاسق فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين﴾ [الحجرات: ٦] وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سراً وعلانية طعن الخصم أولاً في سائر الحقوق على قولهما المفتى به يقتضي أن يأثم بتركه لأنه للتعرف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق. وصرح في اصلاح الإيضاح بأن من قلد فاسقاً يأثم وإن قبل القاضي شهادته يأثم، واستثنى أبو يوسف من الفاسق إذا شهد أن يكون ذا جاهٍ ومروءة فإنه يجب قبول شهادته كما في البزازية. فعلى هذا يجوز تقليده القضاء إلا أن يكون أبو يوسف فارقاً بينهما. والفسق لغة الخروج عن الاستقامة؛ كذا في المغرب. وشرعاً ارتكاب كبيرة أو الإصرار على صغيرة كما في الخزانة. والعدالة اجتناب الكبائر والإصرار على صغيرة واجتناب فعل ما يخل بالمروءة كما سيأتي في الشهادات، فإذا ارتكب ما يخلها خرج عن كونه عدلاً وإن لم يصر فاسقاً به.

قوله: **(ولو كان عدلاً ففسق لا ينعزل ويستحق العزل)** أي فسق بأخذ الرشوة أو بغيره من الزنا وشرب الخمر، وما ذكره المؤلف من صحة تولية الفاسق وعدم عزله لو فسق هو ظاهر المذهب كما في الهداية وهو قول عامة المشايخ وهو الصحيح كما في الخانية. وعن علمائنا الثلاثة في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه. وقال بعض المشايخ: إذا قلد الفاسق ابتداء

وظاهر أن الكلية أعني من كان أهل الشهادة هو أهل للقضاء مطردة غير منعكسة عكساً لغوياً فلا يرد أن من فعل ما يخل بالمروءة فهو أهل للقضاء دون الشهادة ولا أن شهادة العدو على عدوه من حيث الدنيا لا تقبل وقضاؤه عليه صحيح. قوله: **(كما قدمناه)** أقول: لم أره فيما مر نعم سيأتي بعد تسعة أوراق. قوله: **(واستثنى أبو يوسف الخ)** سيأتي في الشهادات عن الفتح أنه خلاف الأصح. قوله:

ولو كان عدلاً ففسق لا ينعزل ويستحق العزل وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً

يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق. وفي ايضاح الاصلاح: وعليه الفتوى ا هـ. وهو غريب ولم أره والمذهب خلافه لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً دونها، وهذا مما كان فيه الابتداء أسهل من البقاء وله نظير مذكور في المعراج. لو أبق المأذون ينحجر ولو أذن للآبق صح. وقيده في الخانية بما في يده عكس السائر على ألسنة الفقهاء وهو أن البقاء أسهل من الابتداء وإنما كان كذلك لوجود دليل يقتضيه وهو أن المقلد اعتمد عدالته فيتقيد التقليد بحال عدالته إلى آخر ما في النهاية. وفي البزازية: ولو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل ا هـ. قيد بالقضاء لأن الفسق لا يمنع الإمامة بلا خلاف ولا ينعزل بالفسق ا هـ. وقوله «ويستحق العزل» معناه يجب على السلطان عزله؛ كذا في البزازية. وفي المعراج: يحسن عزله ا هـ. فقد اختلف في معنى الاستحقاق كما اختلف في توليته ابتداء. وفي فتاوى قاضيخان من الردة: والسلطان يصير سلطاناً بأمرين: بالمبايعة معه يعتبر في المبايعة مبايعة أشرافهم وأعيانهم. الثاني أن ينفذ حكمه على رعيته خوفاً من قهره وجبروته، فإن بايع الناس ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطاناً، فإذا صار سلطاناً بالمبايعة فجار إن كان له قهر وغلبة لا ينعزل لأنه لو انعزل يصير سلطاناً بالقهر والغلبة فلا يفيد، وإن لم يكن له قهر وغلبة ينعزل ا هـ. ومن أول الدعاوى: والوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل ا هـ. ولم يذكر المؤلف نفاذ قضائه ولا يلزم من عدم عزله نفاذ قضائه لما في الخانية: وأجمعوا على أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى ا هـ. مع أنه قدم أنه لا ينعزل بالفسق فصار الحاصل إنه إذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه إلا في مسألة هي ما إذا فسق بالرشوة فإنه لا ينفذ في الحادثة الذي أخذ بسببها. وذكر الطرسوسي أن من قال باستحقاقه العزل قال بصحة أحكامه ومن قال بعزله قال ببطلانها.

قوله: **(وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً)** أي بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته

(لأن المقلد اعتمد عدالته الخ) تعليل لما في الإيضاح. قوله: **(وقيده في الخانية بما في يده)** فيه إيجاز غير مفهم قال في النهاية: وأما على رواية فتاوى قاضيخان إنما يصح إذن الآبق في التجارة إذا أذن له في التجارة مع ذلك الرجل الذي كان العبد في يده. قوله: **(ولم يذكر المؤلف نفاذ قضائه)** قال في النهر: في قوله «لا ينعزل» إيماء إلى أن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وهذا أحد أقوال ثلاثة، والثاني لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه واختاره السرخسي، والثالث لا ينفذ فيهما والأول اختاره البزودي واستحسنه في الفتح لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه وقد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ، وخصوص هذا الفسق غير مؤثر، وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده معنى والقضاء عمل لله تعالى اهـ. وأنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع بل يؤثر بملاحظة كونه عملاً لنفسه، وبهذا يترجح ما اختاره

. . . .

وهو الصحيح، ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى إذا الأمام لو قلد برشوة أخذها هو أو قومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة؛ كذا في جامع الفصولين. ثم رقم لآخر أن من أخذ القضاء برشوة أو بشفعاء فهو كمحكم لو رفع حكمه إلى قاضٍ آخر يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله ا هـ. وهكذا في الخلاصة من أن الفتوى على عدم نفاذه إذا تولى بالرشوة. وأطلقه فشمل ما إذا كان القاضي الدافع أو غيره ليوليه السلطان كما في البزازية. قيد بتوليته القضاء لأنه لو أخذ الرشوة وقضى فقدمنا عن الخانية الإجماع على أنه لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى، وهكذا في السراج الوهاج. وفي البزازية: الفتوى على عدم نفاذه. وحكي في فصول العمادي فيه اختلافاً فقيل لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهذا اختيار شمس الأئمة، وقيل لا ينفذ فيهما، وقيل ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي ورجحه في فتح القدير بقوله وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ، وخصوص هذا الفسق غير مؤثر. وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى ا هـ. قلت: ليس هذا مرادهم وإنما مرادهم أنه قضى لنفسه معنى والقضاء لنفسه باطل، وهذا القول أحسن، وظهر أن خصوص هذا الفسق مؤثر في عدم النفاذ. وفي السراج الوهاج معزياً إلى الينابيع قال أبو حنيفة: لو قضى القاضي زماناً بين الناس ثم علم أنه مرتشٍ ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه ا هـ. وفي البزازية: فإن ارتشى وكيل القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فإن بأمره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه، وإن بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشي رد ما قبض. قضى ثم ارتشى أو ارتشى ثم قضى أو ارتشى ولده أو بعض من لا تقبل شهادته له لا لأنه لما أخذ المال أو ابنه يكون عاملاً لنفسه أو ابنه. القاضي المولى أخذ الرشوة ثم بعثه إلى شافعي المذهب ليحكم لا يصح لأنه عامل لنفسه، وإن كتب إليه ليسمع الخصومة وأخذ أجرة مثل الكتابة ينفذ لأنه ليس برشوة ا هـ. والرشوة بكسر الراء وضمها؛ كذا في البناية. وفي القاموس: إنها بالتثليث الجعل وارتشى أخذها واسترشى طلبها وراشاه حاباه وصانعه وراشاه لابنه وأعطاه الرشوة ا هـ. وفي المصباح: الرشوة بكسر الراء ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد. وجمعها رشا مثل سدرة وسدر، والضم لغة وجمعها رشى بالضم أيضاً، ورشوته رشوا من باب قتل أعطيته رشوة فارتشى أي أخذ، وأصلها رشا الفرخ إذا مد رأسه إلى أمه لتزقه ا هـ. وفيه البرطيل.

السرخسي، وفي الخانية: أجمعوا أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه اهـ. وما ذكره مأخوذ من كلام المؤلف الآتي في القولة الثانية.

قوله: **(الذي هو المعول)** قال في القاموس: والمعول كمنبر الحديدة ينقر بها الجبال. قوله:

. . . .

بكسر الباء الرشوة وفي المثل البراطيل تنصر الأباطيل كناية مأخوذ من البرطيل الذي هو المعول لأنه يستخرج به ما استتر، وفتح الباء عامي لفقد فعليل بالفتح ا هـ. وذكر الأقطع أن الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا شرط معها ا هـ.

وفي الخانية: الرشوة على وجوه أربعة: منها ما هو حرام من الجانبين وذلك في موضعين: أحدهما إذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على القاضي والآخذ. وفي صلح المعراج: تجوز المصانعة للأوصياء في أموال اليتامى وبه يفتى. ثم قال: من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر. وفي وصايا الخانية: قالوا بذل المال لاستخلاص حق له على آخر رشوة. الثاني إذا دفع الرشوة إلى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين، سواء كان القضاء بحق أو بغير حق. ومنها إذا دفع الرشوة خوفاً على نفسه أو ماله فهو حرام على الآخذ غير حرام على الدافع، وكذا إذا طمع في ماله فرشاه ببعض المال. ومنها إذا دفع الرشوة ليسوي أمره عند السلطان حل له الدفع ولا يحل للآخذ أن يأخذ، فإن أراد أن يحل للآخذ يستأجر الآخذ يوماً إلى الليل بما يريد أن يدفع إليه فإنه تصح هذه الإجارة، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل وإن شاء استعمله في غيره. هذا إذا أعطاه الرشوة أولاً ليسوي أمره عند السلطان، وإن طلب منه أن يسوي أمره ولم يذكر له الرشوة وأعطاه بعدما يسوي اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يحل له أن يأخذ. وقال بعضهم: يحل وهو الصحيح لأنه يريد مجازاة الإحسان فيحل ا هـ. ولم أر قسماً يحل الأخذ فيه دون الدفع. وأما الحلال من الجانبين فهو الإهداء للتودد والمحبة كما صرحوا به وليس هو من الرشوة لما علمت. وفي القنية قبيل التحري: الظلمة تمنع الناس من الاحتطاب من المروج إلا بدفع شيء اليهم فالدفع والأخذ حرام لأنه رشوة ا هـ. وفيها ما يدفعه المتعاشيقان رشوة يجب ردها ولا تملك ا هـ. فهذا يفيد أن الآخذ لا يملكها وقد صرح به في هبة القنية قال: وفي السير الكبير: الرشوة لا تملك إلى أن قال: أبرأه عن الدين ليصلح مهمه عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة، ولو أبى الاضطجاع عند امرأته فقال أبرئيني عن المهر فأضطجع معك فأبرأته قيل يبرأ لأن الإبراء للتودد الداعي للجماع وقال عليه الصلاة والسلام «تهادوا تحابوا» بخلاف الإبراء في الأول لأنه مقصود على اصلاح المهم واصلاح المهم مستحق عليه ديانة، وبذل المال فيما هو مستحق عليه حد الرشوة ا هـ. وفيها: دفع للقاضي أو لغيره سحتاً لإصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه ا هـ. فظاهر أن التوبة من الرشوة برد المال إلى صاحبه وإن قضى حاجته. وفي صلح المعراج تجوز

(وفي صلح المعراج إلى قوله الثاني) كذا وجد في بعض النسخ وفي بعضها «كتب» قبل قوله الآتي «وليس منه ما تأخذه المرأة وهو محله».

والفاسق يصلح مفتياً وقيل لا ولا ينبغي أن يكون القاضي فظاً غليظاً جباراً عنيداً وينبغي أن

المصانعة للأوصياء في أموال اليتامى وبه يفتى ثم قال: من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر[١]. وفي وصايا الخانية قالوا: بذل المال لاستخلاص حق له على آخر رشوة، وليس منه ما تأخذه المرأة لأجل صلحها مع الزوج. قال في الخلاصة والبزازية آخر كتاب الصلح: وقع بين الزوجين مشاقات فقالت لا أصالحه حتى يعطيني كذا لأن لها عليه حقاً كالمهر والنفقة ا هـ. ومنها ما في مهر البزازية: الأخ أبى أن يزوج الأخت إلا أن يدفع له كذا فدفع له أن يأخذه منه قائماً أو هالكاً لأنه رشوة، وعلى قياس هذا يرجع بالهدية أيضاً في المسألة المتقدمة إذا علم من حاله أنه لا يزوجه إلا بالهدية وإلا لا ا هـ. ومنها لو أنفق على معتدة الغير ليتزوجها فأبت أن تتزوجه إن شرط الرجوع رجع تزوجها أم لا وإلا لكن أنفق على طمع أن يتزوجها اختلف التصحيح في الرجوع وعدمه وقدمناه وتمامه فيها.

قوله: **(والفاسق يصح مفتياً وقيل لا)** وجه الأول أنه يحذر النسبة إلى الخطأ، ووجه الثاني أنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ولم يرجح الشارحون أحدهما، وظاهر ما في التحرير أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقاً فإنه قال: الاتفاق على حل استفتاء من عرف أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه منتصباً والناس يستفتونه معظمين: وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما، فإن جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره إذ الاتفاق على المنع ا هـ. فلا أقل من أن يكون ترجيحاً لعدم صلاحيته ولذا جزم به في المجمع واختاره في شرحه وقال: إن أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الإلهية في تحقق الواقعات الشرعية طاعة الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى قال الله تعالى ﴿واتقوا الله ويعلمكم الله﴾ [البقرة: ٢٨٢] ومن اعتمد على رأيه وذهنه في استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو في المعاصي حقيق بإنزال الخذلان عليه فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه، ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور ا هـ. فشرط المفتي إسلامه وعدالته ولزم منها اشتراط بلوغه وعقله فترد فتوى الفاسق والكافر وغير المكلف إذ لا يقبل خبرهم، ويشترط أهلية اجتهاده كما سيأتي. ولا حاجة إلى اشتراط التيقظ وقوة الضبط كما في الروض للاحتراز عمن غلب

قوله: **(وظاهر ما في التحرير أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقاً)** هذا بناء على ما عليه الأصوليون من أن المفتي هو المجتهد كما سيأتي في شرح قوله «والمفتي ينبغي أن يكون هكذا» وهو غير المراد هنا بل المراد به هنا المقلد الذي ينقل الحكم عن غيره. قوله: **(إن ظن عدم أحدهما)** أي الاجتهاد أو العدالة فضلاً عن عدمهما جميعاً؛ كذا في شرح ابن أمير حاج.

---

(١) (قوله وفي صلح الخ) هكذا وجد بالنسخ مكرراً مع السابق وإن كانت عبارة المحشي تقضي بأنه لا يوجد إلا في أحد الموضعين تأمل اهـ مصححه.

يكون موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه والاجتهاد

عليه الغفلة والسهو لأن اشتراط العدالة يغني عنهما. وفي شرح الروض: وينبغي للإمام أن يسأل أهل العلم المشهورين في عصره عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح ويتوعده بالعقوبة بالعود وليكن المفتي متنزهاً عن خوارم المروءة، فقيه النفس، سليم الذهن. حسن التصرف والاستنباط، ولو كان المفتي عبداً أو امرأة أو أعمى أو أخرس بالإشارة وليس هو كالشاهد في رد فتواه لقرابة وجر نفع ودفع ضر وعداوة فهو كالراوي لا كالشاهد وتقبل فتوى من لا يكفر ولا يفسق ببدعة كشهادته ا هـ. وفي تلقيح المحبوبي أن الإشارة من المفتي الناطق يعمل بها فلا يختص بالأخرس. وفي القنية رامز العين الأئمة المكي: أشار المفتي برأسه مكان قوله نعم فللمستفتي أن يعمل به. ورمز للنوازل عن أبي القاسم مثله، ورمز لظهير الدين المرغيناني لا لأن إشارة الناطق لا تعتبر ا هـ. وسيأتي أنه ينبغي أن يكون المفتي كالقاضي في أوصاف الكمال. وفي الظهيرية: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه ا هـ قوله: **(ولا ينبغي أن يكون القاضي فظاً غليظاً جباراً عنيداً)** لأن المقصود منه وهو إيصال الحقوق إلى أهلها لا يحصل به. وفي المصباح: رجل فظ شديد غليظ القلب يقال منه فظ يفظ من باب تعب فظاظة إذا غلظ حتى يهاب في غير موضعه، وغلظ الرجل اشتد فهو غليظ وفيه غلظة أي غير لين ولا سلس، وأغلظ له في القول إغلاظاً عنفه ا هـ. والجبار في الخلق الحامل غيره على الشيء قهراً وغلبة وفي أسمائه تعالى الذي جبر خلقه على ما أراد من أمره ونهيه. والعنيد من عاند فلان عناداً من باب قاتل إذا ركب الخلاف والعصيان، وعانده معاندة عارضه وفعل مثل فعله. قال الأزهري: المعاند المعارض بالخلاف لا بالوفاق وقد يكون مباراة بغير خلاف ا هـ. وفسره في المغرب بمن يظهر له الحق فيأباه. وذكر مسكين أن الفظ هو الجافي سيئ الخلق والغليظ قاسي القلب، والجبار من جبره على الأمر بمعنى أجبره أي لا يجبر غيره على ما لا يريد، والعنيد المعاند المجانب للحق المعادي لأهله.

قوله: **(وينبغي أن يكون موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه)** ويكون شديداً من غير عنف، ليناً من غير ضعف، لأن القضاء من أهم أمور المسلمين فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب واصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى. وينبغي للسلطان أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين» والموثوق به من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقاً ائتمنته وهو وهي وهم ثقة لأنه مصدر، وقد يجمع في الذكور والإناث فيقال ثقات، والعَفاف بالفتح من عف عن الشيء يعف من باب ضرب عِفة بالكسر امتنع عنه فهو عفيف؛ كذا في المصباح. وفسره الكرماني شارح البخاري بالكف

شرط الأولوية والمفتي ينبغي أن يكون هكذا وكره التقليد لمن خاف الحيف وإن أمنه لا ولا

عن المحارم وخوارم المروءة والعقل على قول الأكثر كما في التحرير قوة بها إدراك الكليات للنفس ا هـ. والمراد بالوثوق به في عقله أن يكون كامله فلا يولي الأحمق وهو ناقص العقل. قال في المستظرف: الحمق الخفة غريزة لا تنفع فيها الحيلة وهي داء دواؤه الموت وفي الحديث «الأحمق أبغض الخلق إلى الله تعالى» إذ حرمه أعز الأشياء عليه وهو العقل. ويستدل على صفته من حيث الصورة بطول اللحية لأن مخرجها من الدماغ فمن أفرط طول لحيته قل دماغه، ومن قل دماغه قل عقله، ومن قل عقله فهو أخف. وأما صفته من حيث الأفعال فترك نظره في العواقب، وثقته بمن لا يعرفه، والعجب وكثرة الكلام وسرعة الجواب وكثرة الالتفات والخلو من العلم، والعجلة والخفة والسفه والظلم والغفلة والسهو والخيلاء، إن استغنى بطر، وإن افتقر قنط، وإن قال فحش، وإن سئل بخل، وإن سأل ألح، وإن قال لم يحسن، وإن قيل له لم يفقه، وإن ضحك قهقه، وإن بكى صرخ. وإذا اعتبرنا هذه الخصال وجدناها في كثير من الناس فلا يكاد يعرف العاقل من الأحمق قال عيسى عليه السلام: عالجت الأكمه والأبرص فأبرأتهما وعالجت الأحمق فلم يبرأ ا هـ. وأما الصلاح فهو لغة خلاف الفساد كما في المصباح، وذكر الكرماني أنه لفظ جامع لكل خير ولذا وصف الأنبياء عليهم الصلاة والسلام نبينا ﷺ به ليلة الإسراء فقال كل من لقيه في السموات مرحباً بالنبي الصالح، ولو كان هناك وصف أجمع منه للخير لوصفوه به ا هـ. وفي أوقاف الخصاف: الصالح من كان مستوراً ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة، وكان مستقيم الطريقة، سليم الناحية، كامن الأذى، قليل السوء، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال، وليس بقذاف للمحصنات ولا معروفاً بالكذب، فهذا عندنا من أهل الصلاح ا هـ. والفهم لغة كما في المصباح العلم، والعنف عدم الرفق، والضعف العجز عن احتمال الشيء. وفي فتح القدير قبيل الحبس: ويستحب أن يكون في القاضي عبسة بلا غضب وأن يلتزم التواضع من غير وهن ولا ضعف. والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله ﷺ قولاً وفعلاً وتقريراً عند أمر يعاينه، والمراد بوجوه الفقه طرقه وقدمنا تعريفه أول الكتاب. وذكر مسكين هنا أن الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعاني التي تعلقت بها الأحكام من كتاب وسنة وإجماع ومقتضياتها وإشاراتها.

قوله: **(والاجتهاد شرط الأولوية)** وهو لغة بذل الطاقة في تحصيل ذي كلفة، واصطلاحاً ذلك من الفقه في تحصيل حكم شرعي ظني كما في التحرير. واختلفوا في المجتهد فقيل أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها، والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الأحكام منهما من العام والخاص والمشترك والمؤوّل والنص والظاهر والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس، ولا يشترط حفظه لجميع القرآن ولا لبعضه عن ظهر القلب بل

. . . .

يكفي أن يعرف مظان أحكامها في أبوابها فيراجعها وقت الحاجة، ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، ولا بد له من معرفة لسان العرب لغة واعراباً، وأما الاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وأدلتهم لأنها صناعة لهم. ويدخل في السنة أقوال الصحابة فلا بد من معرفتها لأنه قد يقيس مع وجود قول الصحابي: ولا بد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لا بد أن يكون صاحب قريحة. وفي القاموس: والقريحة أول ماء يستنبط من القرح كالبئر وأول كل شيء ومنك طبعك، والاقتراح ارتجال الكلام واستنباط الشيء من غير سماع، والاجتباء والاختيار وابتداع الشيء والتحكم ا هـ. وفي مناقب الإمام محمد للكردري: كان محمد يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم وما يديرونها فيما بينهما، وكان الكسائي يختلف إلى محمد فقال له يوماً: ما أكثر ما تقولون وعلى هذا معاني كلم الناس ما أنتم وهذا القول لا يعرفه إلا الحذاق من أهل هذه الصناعة، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل بإجتهاده ولا يقلد أحداً. وقوله «شرط الأولوية» يفيد أن تولية الجاهل صحيحة عندنا لأن المقصود من القضاء وهو إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره. وفي البزازية من كتاب الإيمان قبيل الثالث والعشرين: المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر إلى أن قال: دل أن الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضاً فلا بد في كون القاضي الحاكم من الدماء والفروج عالماً ديناً كالكبريت الأحمر وأين الكبريت الأحمر وأين الدين والعلم!؟ ا هـ. وذكر يعقوب باشا: ويعلم من الدليل أن المراد من الجاهل من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء كما لا يخفى مع أن المراد منه المقلد بقرينة جعل الاجتهاد شرط الأولوية ا هـ. وهكذا في إيضاح الاصلاح وجوز في العناية أن يراد بالجاهل المقلد لكونه ذكر في مقابلة المجتهد وأن يراد من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام لقوله في دليل الشافعي: ولا قدرة بدون العلم ولم يقل بدون الاجتهاد ا هـ. وأما معناه لغة واصطلاحاً فقدمناهما. وأما حكمه فهو غلبة الظن بالحكم مع احتمال الخطأ، ورأيت في حجج الدلائل أن الظن الغالب غير غلبة الظن لتغير الثاني دون الأول، وقد يقال المقلد أيضاً يعمل بفتوى غيره ولو أخذها من الكتب. وحاصل شرائط المجتهد على ما في التلويح والتحرير: الإسلام، والبلوغ، والعقل،

قوله: **(وذكر يعقوب باشا)** أي في حاشية على صدر الشريعة وعبارته: وعند الشافعي لا يصح تقليد الفاسق والجاهل، ودليله على عدم صحة تقليد الجاهل أن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم، ودليلنا على صحته أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ومقصود القاضي يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه؛ كذا في الهداية. ويعلم من هذا الخ. وفي الفواكه البدرية لابن الغرس ما ملخصه: ليس مرادهم بالجاهل العامي المحض بل لا بد من تأهل العلم والفهم وأقله أن

....

وكونه فقيه النفس بمعنى شديد الفهم بالطبع، وعلمه باللغة والعربية أي الصرف والنحو والمعاني والبيان والأصول، وكونه حاوياً بالعلم كتاب الله تعالى مما يتعلق بالأحكام، وكونه عالماً بالحديث متناً وسنداً وناسخاً ومنسوخاً، ولا يشترط فيه بعد صحة العقيدة علم الكلام ولا تفاريع الفقه ولا الذكورة والحرية ولا العدالة فللفاسق الاجتهاد ليعمل بنفسه وأما غيره فلا يعمل به. ويشترط كونه عالماً بوجوه القياس وفي الحقيقة اشتراط علمه بالأصول يغني عنه، ولا بد من معرفة الإجماع ومواقعه ومن معرفة عادات الناس، فالحاصل أن الشرائط أربعة عشر شرطاً. وأما ركنه فالمجتهد وهو ما قدمناه والمجتهد فيه وهو حكم شرعي ظني عليه دليل.

قوله: **(والمفتي ينبغي أن يكون هكذا)** أي موثوقاً به في دينة وعفافه إلى آخره. وأن يكون مجتهداً قال في فتح القدير: واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي إلا المجتهد، وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد فأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس مفتياً، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي. وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين: إما أن يكون له سند فيه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور؛ هكذا ذكر الرازي. فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عز وما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول، نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلاً في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب فلو كان حافظاً للأقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب؛ ذكر في بعض الجوامع. وعندي لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولاً منها فإن المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء، فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود، نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسألتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا، نعم لو حكى الكل فلأخذ بما يقع في قلبه أن أصوب أولى وإلا فالعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم

يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ وكيفية الإيراد والإصدار في الوقائع مع الدعاوى والحجج ويدل على ذلك قولهم: العالم إذا تعين للقضاء وجب عليه قبوله وإذا تركه أثم وما لم يتعين فالترك أفضل، وإذا كان الجاهل أهلاً للقضاء فمتى يتعين. قال في النهر وأقول: وجود الجاهل لا يمنع من تعينه وذلك أنه إذا لم

. . . .

وخطائه. وعلى هذا إذا استفتى فقيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه الأولى بأن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما. وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ذلك الميل وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ. وقالوا: المنتقل من مذهب إلى مذهب باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى، ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لأن العامي ليس له اجتهاد. ثم حقيقة الانتقال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلد فيه وعمل به وإلا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى به من المسائل والتزمت العمل به على الإجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد، بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به كأنه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع، فإن أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالتزام نفسه ذلك قولاً أو نية شرعاً بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج إليه بقوله تعالى ﴿فاسألوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون﴾ [النحل: ٤٣] والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة، وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به. والغالب أن مثل هذا إلزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العامي في كل

يوجد غيره ولم يقبل أثم وإن وجد جاهل تصح توليته. قوله: **(ثم حقيقة الانتقال إنما يتحقق الخ)** قال الرملي قال في تصحيح القدوري وقال الأصوليون أجمع: لا يصح الرجوع عن التقليد بعد العمل بالاتفاق وهو المختار في المذهب. وقال الإمام أبو الحسن الخطيب في كتاب الفتاوى: والمفتي على مذهب إذا أفتى بكون الشيء كذا على مذهب إمام ليس له أن يقلد غيره ويفتي بخلافه لأنه محض تشبه، وقال أيضاً: إنه بالتزامه مذهب إمام يكلف به ما لم يظهر له غيره والمقلد لا يظهر له اهـ. قلت: وفي التحرير لابن الهمام مسألة لا يرجع فيما قلد فيه أي عمل به اتفاقاً. وهل يقلد غيره في غيره؟ المختار نعم للقطع بأنهم كانوا يستفتون مرة واحداً أو مرة غيره غير ملتزمين مفتياً واحداً فلو التزم مذهباً معيناً كأبي حنيفة والشافعي فهل يلزمه الاستمرار عليه؟ فقيل نعم. وقيل لا، وقيل كمن لم يلتزم إن عمل بحكم تقليداً لا يرجع عنه وفي غيره له تقليد غيره وهو الغالب على الظن لعدم ما يوجبه شرعاً ويتخرج منه جواز اتباعه للرخص ولا يمنع منه مانع شرعي إذ للإنسان أن يسلك الأخف عليه إذا كان إليه سبيل بأن لم يكن عمل بآخر فيه اهـ. وللشيخ حسن الشرنبلالي رسالة سماها «العقد الفريد في جواز التقليد» وذكر فيها ما حاصله أن دعوى الاتفاق على عدم الرجوع فيما قلد فيه؛ ذكرها الآمدي وابن الحاجب وتبعهما في جمع الجوامع وغيره وذكر العلامة ابن أبي شريف أن في كلام غيرهما ما يشعر بإثبات الخلاف بعد العمل فله التقليد بعده بقول غيره، وذكر مثله عن الزركشي العلامة ابن أمير حاج والسيد بادشاه في شرحهما على التحرير أي فيجوز اتباع القائل بالجواز. وأيضاً القول بالمنع ليس على إطلاقه لأنه محمول على ما إذا بقي من آثار الفعل السابق أثر يؤدي إلى تلفيق العمل بشيء مركب من مذهبين كتقليد الشافعي في مسح بعض الرأس، والإمام

....

مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه، وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد سوغ له الاجتهاد وما علمت من الشرع ذمه عليه وكان ﷺ يحب ما خفف عن أمته؛ إلى هنا ما في فتح القدير. ولم يبسط أصحابنا الكلام على المفتي والمستفتي في المتون والشروح وإنما ذكر أصحاب الفتاوى بعض مسائلهما، وقد بسط الكلام عليهما في الروض في كتاب القضاء فأحببت نقله لأن قواعدنا لا تأباه ثم أنبه بعده على نقل البعض لمذهبنا والله تعالى أعلم قال:

فصل في المفتي: فإن لم يكن غيره تعين عليه، وإن كان غيره فهو فرض كفاية، ومع هذا لا يحل التسارع إلى ما لا يتحقق. ويشترط إسلام المفتي وعدالته فترد فتوى الفاسق ويعمل لنفسه باجتهاده، ويشترط تيقظه وقوة ضبطه وأهلية اجتهاده، فمن عرف مسألة أو مسألتين أو مسائل بأدلتها لم تجز فتواه بها ولا تقليده، وكذا من لم يكن مجتهداً. ولو مات المجتهد لم تبطل فتواه بل يؤخذ بقوله، فعلى هذا من عرف مذهب مجتهد وتبحر فيه جاز أن يفتي بقول ذلك المجتهد. وليضف إلى المذهب إن لم يعلم أنه يفتي عليه ولا يجوز لغير المتبحر إلا في مسائل معلومة من المذهب. فرع ليس لمجتهد تقليد مجتهد ولو حدثت واقعة قد اجتهد فيها وجب إعادته إن نسي الدليل أو تجدد مشكل. فرع المنتسبون إلى مذهب إمام إما عوام فتقليدهم مفرع على تقليد الميت فقد مر، وإما مجتهدون فلا يقلدون، فإن وافق اجتهاده اجتهادهم فلا بأس وإن خالفه أحياناً، ومن لم يبلغ رتبة الاجتهاد بل وقف على أصول إمامه

مالك في طهارة الكلب في صلاة واحدة؛ كذا ذكر العلمتان ابن حجر والرملي في شرحهما على المنهاج. وفي كلام ابن الهمام ما يفيد ذلك في غير هذا الحمل أو المراد بمنع المرجوع فيما قلد فيه اتفاقاً الرجوع في خصوص العين لا خصوص الجنس، وذلك بنقض ما فعله مقلداً في فعله إماماً لأنه لا يملك إبطاله بإمضائه كما لو قضى به فلو صلى ظهراً بمسح ربع الرأس ليس له إبطالها باعتقاده لزوم مسح الكل، وأما لو صلى يوماً على مذهب وأراد أن يصلي يوماً آخر على غيره فلا يمنع منه اهـ. وقد بسط الكلام فيها فراجعه، وما ذكره المحقق من جواز تتبع الرخص رده ابن حجر وزعم أنه مخالف للإجماع، وانتصر له العلامة خير الدين في حاشيته هنا بكلام طويل ومنع دعوى الإجماع فراجعه. ويؤيد منعه ما في شرح ابن أمير حاج بعد نقله الإجماع عن ابن عبد البر حيث قال: إن صح احتاج إلى جواب ويمكن أن يقال لا نسلم صحة دعوى الإجماع إذ في تفسيق المتتبع للرخص عن أحمد روايتان، وحمل القاضي أبو يعلى الرواية المفسقة على غير متأول ولا مقلد، وذكر بعض الحنابلة إن قوي دليل أو كان عامياً لا يفسق. وفي روضة النووي وأصلها عن حكاية الحناطي وغيره عن ابن أبي هريرة أنه لا يفسق به. ثم لعله محمول على نحو ما يجتمع له من ذلك ما لم يقل بمجموعه مجتهد كما أشار إليه المصنف اهـ. وسيذكر المؤلف عن الشارح أن في فسقه وجهين أوجههما عدمه والله سبحانه أعلم. قوله: **(بقول مجتهد قول أخف)** قال الرملي: الجملة من

....

وتمكن من قياس ما لم ينص عليه على المنصوص فليس بمقلد في نفسه بل هو واسطة، فإن نص صاحب المذهب على الحكم والعلة الحق بها غير المنصوص، ولو نص على الحكم فقط فله أن يستنبط العلة ويقيس وليقل هذا قياس مذهبه لا قوله، وإن اختلف نص إمامه في مشتبهين فله التخريج من أحدهما إلى الأخرى. فرع للمفتي أن يغلظ للزجر متأولاً كما إذا سأله من له عبد عن قتله وخشي أن يقتله جاز أن يقول إن قتلته قتلناك متأولاً لقوله ﷺ «من قتل عبده قتلناه»(١) وهذا إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة واختلاف المفتين كالمجتهدين والله تعالى أعلم.

فصل في المستفتي: يجب أن يستفتي من عرف علمه وعدالته ولو بإخبار ثقة عارف أو باستفاضة وإلا بحث عن ذلك فلو خفيت عدالته الباطنة اكتفى بالعدالة الظاهرة. ويعمل بفتوى عالم مع وجود أعلم جهله فإن اختلفا ولا نص قدم الأعلم، وكذا إذا اعتقد أحدهما أعلم أو أورع ويقدم الأعلم على الأورع. ولو أجيب في واقعة لا تتكرر ثم حدثت لزم إعادة السؤال إن لم يعلم استناد الجواب إلى نص أو إجماع، وإن لم تطمئن نفسه إلى جواب المفتي استحب سؤال غيره ولا يجب. ويكفي المستفتي بعث رقعة أو رسول ثقة، ومن الأدب أن لا يسأل والمفتي قائم أو مشغول بما يمنع تمام الفكر وأن لا يقول بجوابه هكذا قلت أنا ولا يطالبه بدليل فإن أراده فوقت آخر وليبين موضع السؤال وينقط المشتبه في الرقعة ويتأملها لا سيما آخرها، ويتثبت ولا يقدح الإسراع مع التحقيق، وأن يشاور فيما يحسن اظهاره من حضر متأهلاً وإن يصلح لحناً فاحشاً، وليشغل بياضاً بخط كيلا يلحق بشيء ويبين خطه بقلم بين قلمين، ولا بأس بكتبه الدليل لا السؤال، ولا يكتب خلف من لا يصلح، وله أن يضرب عليه إن أمن فتنة وإن سخط المالك وينهي المستفتي عن ذلك، وليس له حبس الرقعة، وينبغي للإمام أن يبحث عن أهل العلم عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح، وليكن المفتي متنزهاً عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف ولو عبداً أو امرأة أو أخرس تفهم إشارته، وليس هو كالشاهد في رد فتواه لقرابة وجر نفع وتقبل فتوى من لا يكفر، ولا يفسق ببدعة كشهادته. ويفتي ولو كان قاضياً وفي اشتراط معرفة الحساب لتصحيح مسائله وجهان، ويشترط أن يحفظ مذهب إمامه ويعرف قواعده وأساليبه. وليس

المبتدأ والخبر نعت لمجتهد. قوله: **(ويكره أن يقتصر على ما فيه قولان)** أي على قوله في الجواب فيه قولان.

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الديات باب ٧. الترمذي في كتاب الديات باب ١٧. النسائي في كتاب القسامة باب ١٠، ١٦. ابن ماجه في كتاب الديات باب ٢٢. أحمد في مسنده (٥/ ١٠، ١١، ١٢، ١٨، ١٩).

....

للأصولي الماهر وكذا البحاث في الخلاف من أئمة الفقه وفحول المناظرين أن يفتي في الفروع الشرعية، ولا يجب افتاء فيما لا يقع. ويحرم التساهل في الفتوى واتباع الحيل إن فسدت الأغراض وسؤال من عرف لذلك، ولا يفتي في حال تغير أخلاقه خروجه عن الاعتدال ولو لفرح، ومدافعة أخبثين، فإن أفتى معتقداً أن ذلك لم يمنعه عن درك الصواب صحت فتواه وإن خاطر. والأولى أن يتبرع بالفتوى فإن أخذ رزقاً من بيت المال جاز إلا إن تعينت عليه وله كفاية. ولا يأخذ أجرة من مستفتٍ فإن جعل له أهل البلد رزقاً جاز وإن استؤجر جاز والأولى كونها بأجرة مثل كتبه مع كراهة. وله قبول هدية لا رشوة على فتوى لما يريد، وعلى الإمام أن يفرض لمدرس ومفتٍ كفايته.

ولكل أهل بلد اصطلاح في اللفظ فلا يجوز أن يفتي أهل بلد بما يتعلق باللفظ من لا يعرف اصطلاحهم، وليس له العمل والفتوى بأحد القولين أو الوجهين من غير تعويل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر إن علمه وإلا فبالذي رجحه الشافعي وإلا لزمه البحث عنه، فإن كان أهلاً اشتغل به متعرفاً لذلك من القواعد والمأخذ وإلا تلقاه من نقلة المذهب فإن عدم الترجيح توقف وحكم الوجهين كالقولين لكن لا عبرة بالمتأخر إلا إذا وقعا من شخص، فإن اختلفوا في الأرجح ولم يكن أهلاً للترجيح اعتمد ما صححه الأكثر والأعلم وإلا توقف. والعمل بالجديد من قولي الشافعي إلا في نحو ثلاثين مسألة. وإن كان في الرقعة مسائل رتب الأجوبة على ترتيبها، ويكره أن يقتصر على «فيه قولان» إذ لا يفيد. ولا يطلق حيث التفصيل فهو خطأ، ويجيب على ما في الرقعة لا على ما يعلمه، فإن أراده قال إن أراد كذا فجوابه كذا، ويجيب الأول في الناحية اليسرى وإن شاء غيرها لا قبل البسملة، وليكتب الحمد لله وليختم بقوله «والله أعلم». ولا يقبح أن يقول في الجواب عندنا. وإن تعلقت بالسلطان دعا له فقال وعلى السلطان سدده الله أو شد إزاره، ويكره أطال الله بقاءه. ويختصر جوابه ويوضح عبارته. وإن سئل عن تكلم بكفر متأول قال: يسئل إن أراد كذا فلا شيء عليه، وإن أراد كذا فيستتاب فإن تاب قبلت توبته وإلا قتل. وإن سئل عمن قتل أو جرح احتاط وذكر شروط القصاص ويبين قدر التعزير، ويكتب على الملصق من الورقة وإن ضاقت كتب في الظهر والحاشية أولى لا ورقة أخرى. ويشافهه بما عليه بل إن اقتضاهما السؤال لم يقتصر على أحدهما، ولا يلقنه على خصمه فإن وجب الافتاء قدم السابق بفتوى ثم أقرع، نعم يجب تقديم نساء ومسافرين تهيؤوا أو تضرروا بالتخلف إلا إن ظهر تضرر غيرهم بكثرتهم. وإن سئل عن الإخوة فصل في جوابه ابن الأبوين أو لأب أو لأم، وإن كان في الفريضة عول قال الثمن عائلاً وإن كان في الورثة من يسقط بحال دون حال بينه. ويكتب تحت الفتوى الصحيحة إن عرف أنها لأهل الجواب صحيح ونحوه. وله أن يجيب إن رأى ذلك ويختصر وإن جهل حاله يبحث عن حاله، فإن لم يظهر له فله أمره بإبدالها، فإن تعسر أجاب بلسانه.

فصل في التقليد

يسأل القضاء ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائز ومن أهل البغي فإن تقلد يسأل

وإن عدم المفتي في بلده وغيرها ولا من ينقل له حكمها فلا يؤاخذ صاحب الواقعة بشيء يصيبه إذ لا تكليف. فرع أفتاه ثم رجع قبل العمل كف عنه، وكذا إذا نكح امرأة بفتواه ثم رجع لزمه فراقها كما في القبلة، وإن رجع بعد العمل وقد خالف دليلاً قاطعاً نقضه وإلا فلا. وإن كان المفتي يقلد الإمام فنص إمامه وإن كان اجتهادياً في حقه كالدليل القطعي وعلى المفتي إعلامه برجوعه قبل العمل، وكذا بعده إن وجب النقض وإن أتلف بفتواه لا يغرم ولو كان أهلاً ا هـ والله تعالى أعلم.

فصل يجوز تقليد من شاء من المجتهدين

وإن دونت المذاهب كاليوم وله الانتقال من مذهبه لكن لا يتبع الرخص فإن تتبعها من المذاهب فهل يفسق وجهان ا هـ. قال الشارح: أوجههما لا والله سبحانه أعلم. وقد عقد في أول التتارخانية فصلين في الفتوى حاصل الأول أن أبا يوسف قال: لا تحل الفتوى إلا لمجتهد، ومحمد جوزها إذا كان صواب الرجل أكثر من خطائه. وعن الإسكاف أن الأعلم بالبلد لا يسعه تركها. واختلفوا في الإفتاء ماشياً جوزه البعض ومنعه آخر، واختار الاسكاف أن يفتي إن كان شيئاً ظاهراً وإلا لا، وكان ابن سلام إذا ألح عليه المستفتي وقال جئت من مكان بعيد يقول:

فلا نحن ناديناك من حيث جئتنا ... ولا نحن عمينا عليك المذاهبا

ولكن اختار الفقيه أبو الليث أنه لا يقول له ذلك أول مرة فإن ألح أجابه بذلك. وحاصل الثاني أن اختلاف أئمة الهدى توسعة على الناس فإن كان الأمام في جانب وهما في جانب خير المفتي، وإن كان أحدهما مع الإمام أخذ بقولهما إلا إذا اصطلح المشايخ على قول الآخر فيتبعهم كما اختار الفقيه أبو الليث قول زفر في مسائل. وإن اختلف المتأخرون أخذ بقول واحد، فلو لم يجد من المتأخرين مجتهداً برأيه إذا كان يعرف وجوه الفقه ويشاور أهله. ولا يجوز له الإفتاء بالقول المهجور لجر منفعة ولا يرجو عليه دنيا ورد مفت زراً على خياط مستفت وقلعه من ثوبه تحرراً عن شبهة الرشوة. ومن شرائطها حفظه الترتيب والعدل بين المستفتين لا يميل إلى الأغنياء وأعوان السلطان والأمراء بل يكتب جواب السابق غنياً كان أو فقيراً. ومن آدابه أن يأخذ الورقة بالحرمة ويقرأ المسألة بالبصيرة مرة بعد مرة حتى يتضح له

فصل في التقليد

قوله: **(نقلوا عن أصحابنا أنه لا يحل لأحد الخ)** قال الرملي: هذا مروي عن أبي حنيفة رحمه

....

السؤال ثم يجيب، وإذا لم يتضح السؤال سأل من المستفتي. ولا يرمي بالكاغد إلى الأرض وهو لا يجوز، وكان بعضهم لا يأخذ الرقعة من يد امرأة ولا صبي وكان له تلميذ يأخذ منهم ويجمعها ويرفعها فيكتبها تعظيماً للعلم. والأحسن أخذ المفتي من كل أحد تواضعاً. ويجوز للشاب الفتوى إذا كان حافظاً للروايات واقفاً على الدرايات محافظاً على الطاعات مجانباً للشهوات والشبهات، والعالم كبير إن كان صغيراً، والجاهل صغير وإن كان كبيراً. وصحح في السراجية أن المفتي يفتي بقول أبي حنيفة على الإطلاق ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير إذا لم يكن مجتهداً. وإذا اختلف مفتيان يتبع قول الأفقه منهما بعد أن يكون أورعهما. وينبغي أن يكتب عقب جوابه «والله أعلم» أو نحوه. وقيل في العقائد يكتب والله الموفق ونحوه، وكره بعضهم الإفتاء والصحيح عدم الكراهة للأهل. ولا ينبغي الإفتاء إلا لمن عرف أقاويل العلماء من أين قالوا، فإن كان في المسألة خلاف لا يختار قولاً يجيب به حتى يعرف حجته، وينبغي السؤال من أفقه أهل زمانه فإن اختلفوا تحرى اهـ. وصحح في الحاوي القدسي أن الإمام إذا كان في جانب وهما في جانب فالأصح أن الاعتبار لقوة المدرك. فإن قلت: كيف جاز للمشايخ الإفتاء بغير قول الإمام الأعظم مع أنهم مقلدون؟ قلت: قد أشكل على ذلك مدة طويلة ولم أر فيه جواباً إلا ما فهمته الآن من كلامهم وهو أنهم نقلوا من أصحابنا أنه لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا حتى نقل في السراجية أن هذا سبب مخالفة عصام للإمام وكان يفتي بخلاف قوله كثيراً لأنه لم يعلم الدليل وكان يظهر له دليل غيره فيفتي به فأقول: إن هذا الشرط كان في زمانهم أما في زماننا فيكتفي بالحفظ كما في القنية وغيرها فيحل الإفتاء بقول الإمام بل يجب وإن لم نعلم من أين قال، وعلى هذا فما صححه في الحاوي مبني على ذلك الشرط. وقد

الله تعالى: وكلامه هنا موهم أن ذلك مروي عن المشايخ كما هو ظاهر من سياقه. قوله: **(بل يجب الإفتاء وإن لم يعلم من أين قال)** اعترضه المحشي الرملي قال: هذا مضاد لقوله «لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا» إذ هو صريح في عدم جواز الإفتاء لغير أهل الاجتهاد فكيف يستدل به على وجوبه فنقول: ما يصدر من غير الأهل ليس بإفتاء حقيقة وإنما هو حكاية عن المجتهد أنه قائل بكذا وباعتبار هذا الملحظ تجوز حكاية قول غير الإمام فكيف يجب علينا الإفتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه ونحوه إنما نحكي فتواهم لا غير فليتأمل اهـ. قلت: ويشهد له ما في التتارخانية قال صاحب الأقضية أبو جعفر بعدما بين أهلية القضاء: لا ينبغي لأحد أن يقضي بالناس إلا من كان هكذا يريد به أن المفتي ينبغي أن يكون عدلاً عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي قال: إلا أن يفتي بشيء قد سمعه فإنه يجوز وإن لم يكن عالماً بالكتاب والسنة لأنه حاكٍ ما سمعه من غيره فهو بمنزلة الرواي في باب الأحاديث، فيشترط فيه ما يشترط في الراوي من النقل والضبط

....

صححوا أن الإفتاء بقول الإمام فينتج من هذا أنه يجب علينا الإفتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه لأنهم إنما أفتوا بخلافه لفقد شرطه في حقهم وهو الوقوف على دليله، وأما نحن فلنا الإفتاء وإن لم نقف على دليله، وقد وقع للمحقق ابن الهمام في مواضع الرد على المشايخ في الإفتاء بقولهما بأنه لا يعدل عن قوله إلا لضعف دليله وهو قوي في وقت العشاء لكونه الأحوط، وفي تكبير التشريق في آخر وقته إلى آخرها، وذكره في فتح القدير. ولكن هو أهل للنظر في الدليل ومن ليس بأهل للنظر فيه فعليه الإفتاء بقول الإمام. والمراد بالأهلية هنا أن يكون عارفاً مميزاً بين الأقاويل له قدرة على ترجيح بعضها على بعض، ولا يصير الرجل أهلاً للفتوى ما لم يصرحوا به أكثر من خطائه لأن الصواب متى كثر فقد غلب ولا عبرة بالمغلوب بمقابلة الغالب فإن أمور الشرع مبنية على الأعم الأغلب؛ كذا في الولوالجية

والعدالة. وفي الظهيرية روي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا، وإن لم يكن أهل الاجتهاد لا يحل له أن يفتي إلا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء اهـ. فقوله «فيحكي ما يحفظ الخ» بإطلاقه يفيد عدم وجوب التزام حكاية مذهب الإمام، نعم ما ذكره المؤلف يظهر بناء على القول بأن من التزم مذهب الإمام لا يحل له تقليد غيره في غير ما عمل به، وقد علمت ما قدمناه عن التحرير أنه خلاف المختار، وأنت ترى أصحاب المتون المعتمدة قد يمشون على غير مذهب الإمام وإذا أفتى المشايخ بخلاف قوله لفقد الدليل في حقهم فنحن نتبعهم إذ هم أعلم، وكيف يقال يجب علينا الإفتاء بقول الإمام لفقد الشرط وقد أقر أنه قد فقد الشرط أيضاً في حق المشايخ فهل تراهم ارتكبوا منكراً؟ والحاصل أن الإنصاف الذي يقبله الطبع السليم أن المفتي في زماننا ينقل ما اختاره المشايخ وهو الذي مشى عليه العلامة ابن الشلبي في فتاواه حيث قال: الأصل أن العمل على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولذا ترجح المشايخ دليله في الأغلب على دليل من خالفه من أصحابه. ويجيبون عما استدل به مخالفه، وهذا أمارة العمل بقوله وإن لم يصرحوا بالفتوى عليه إذ الترجيح كصريح التصحيح لأن المرجوح طائح بمقابلته بالراجح وحينئذ فلا يعدل المفتي ولا القاضي عن قوله إلا إذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره فليس للقاضي أن يحكم بقول غير أبي حنيفة في مسألة لم يرجح فيها قول غيره ورجحوا فيها دليل أبي حنيفة على دليله، فإن حكم فيها فحكمه غير ماض ليس له غير الانتقاض والله تعالى أعلم. وهو الذي مشى عليه الشيخ علاء الدين الحصكفي أيضاً في صدر شرحه على التنوير حيث قال: وأما نحن فعلينا اتباع ما رجحوه وما صححوه كما لو أفتوا في حياتهم. فإن قلت: قد يحكون أقوالاً بلا ترجيح وقد يختلفون في التصحيح؟ قلت: يعمل بمثل ما عملوا من اعتبار تغير العرف وأحوال الناس وما هو الأرفق وما ظهر عليه التعامل وما قوي وجهه، ولا يخلو الوجود ممن يميز هذا حقيقة لا ظناً وعلى من لم يميز أن يرجع لمن يميز لبراءة ذمته اهـ. والله تعالى أعلم. قوله: **(لكن هو أهل للنظر)** الاستدراك بالنظر إلى قوله «لا يعدل» عن قوله «إلا لضعف دليله» يعني أن مثل المحقق له أن يقول

. . . .

من كتاب القضاء. وفي مناقب الكردري قال ابن المبارك. وقد سئل متى يحل للرجل أن يفتي ويلي القضاء قال: إذا كان بصيراً بالحديث والرأي، عارفاً بقول أبي حنيفة حافظاً له. وهذا محمول على إحدى الروايتين عن أصحابنا وقبل استقرار المذاهب، أما بعد التقرر فلا حاجة إليه لأنه يمكنه التقليد اهـ. ومن العجب ما سمعت من بعض حنفية عصرنا حين تكلمت قديماً معه فيها أن قال لما أفتى المشايخ بشيء علمنا أنه قول الإمام فقلت إنه خطأ لأنهم يبينون قول الإمام في ظاهر الرواية ثم يقولون الفتوى على قول أبي يوسف أو محمد أو زفر، وسمعت من بعضهم أنه يقول الكل عن أبي حنيفة. قلت: نعم لكن ما خرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه لما قرروه في الأصول من عدم إمكان صدور قولين مختلفين متساويين من مجتهد والمرجوع عنه لم يبق قولاً له كما ذكروه.

قوله: **(وكره التقليد لمن خاف الحيف)** كيلا يكون ذريعة إلى مباشرة الظلم هنا نسختان: التقليد أي النصب من السلطان. والتقليد أي قبول تقليد القضاء وهي الأولى. والحيف بمعنى الجور والظلم من حاف عليه يحيف إذا جار وخوف عدم إقامة العدل لعجزه كخوف الجور فلو قال المؤلف «لمن خاف الحيف أو العجز» لكان أولى لأن أحدهما يكفي؛ نص عليه القدوري. والمراد بالكراهة كراهة التحريم لأن الغائب الوقوع في محظوره حينئذ، ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه فإن انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه إلا أن كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك؛ كذا في فتح القدير. وإذا لم يمكن السلطان فصل القضايا وفي البلد قوم صالحون له أثموا كلهم؛ كذا في البزازية. ولم أر هل يفسق الممتنع؟ الظاهر نعم لتركه الفرض إلا أن يقال: إن للممتنع في الغالب تأويلاً وهو مانع من الفسق ولم أر الآن هل يجبر الممتنع المنحصر فيه؟ الظاهر جواز جبره على القبول لاضطرار الناس إليه كاطعام المضطر وسائر فروض الكفاية عند التعين، وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين وغير المتأهل كالمعدوم قوله: **(وإن أمنه لا)** أي إن أمن الحيف لم يكره

ذلك لأنه أهل للنظر في الدليل وأما مثلنا فلا يجوز له العدول عن قول الإمام أصلاً. قوله: **(إلا أن كان السلطان يمكنه أن يفصل الخصومات إلخ)** قال الرملي: هذا صريح في أن السلطان أن يقضي بين الخصمين وبه صرح في الفواكه البدرية حيث قال: الحاكم إما الإمام أو القاضي أو المحكم، أما الإمام فقد قال علماؤنا: حكم السلطان العادل ينفذ. واختلفوا في المرأة فيما سوى الحدود والقصاص اهـ. وسيأتي في الشرح قوله «وتقضي المرأة في غير حد وقود» أنها تصلح للسلطنة وفي الخلاصة جنس آخر. وفي النوازل: السلطان إذا حكم بين اثنين لا ينفذ. وفي أدب القاضي للخصاف: ينفذ وهو الأصح. وقال القاضي الإمام: وهذا أصح وبه يفتي اهـ؛ ذكره في الفصل الرابع من كتاب القضاء. فظهر ضعف الرواية التي نقلها ابن حجر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله: **(الظاهر جواز جبره)** يخالفه ما في الاختيار حيث قال: ومن تعين له يفترض عليه ولو امتع لا

....

التقليد لأن كبار الصحابة والتابعين تقلدوه، ولم يتعرض المصنف لكون الدخول فيه عند الأمن رخصة فالأولى تركه أو عزيمة فالأولى الدخول فيه للاختلاف. قال في البزازية: وعامة المشايخ على أن التقلد رخصة والترك عزيمة، وقد دخل في القضاء قوم صالحون وتحامى منه قوم صالحون وترك الدخول أصلح ديناً ودنيا. وفي فتح القدير: وإن أمن أبيح رخصة والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه ا هـ. فالحاصل أنه فرض عين إن تعين وفرض كفاية للمتأهل عند وجود غيره لكن رخصة ومكروه عند خوف العجز أو الحيف، وينبغي أن يكون حراماً عند غالب ظنه أنه يجور في الحكم، ومباح وكما قدمناه ففيه الأحكام الخمسة. أما غير الأهل فيحرم عليه الدخول فيه قطعاً، ولم أر حكم ما إذا خاف الجور مع التعين، ومقتضى كلامهم في النكاح أن لا يجوز له القبول تقديماً للمحرم على المبيح وإن كان فرضاً، وقد روي أن أبا حنيفة دعي للقضاء ثلاثة مرات فأبى حتى حبس وجلد كل مرة ثلاثين سوطاً حتى قال له أبو يوسف: لو تقلدت لمنفعة الناس؟ فنظر إليه شبه المغضب فقال: لو أمرت أن أقطع البحر سباحة لكنت أقدر عليه فكأني بك قاضياً ونكس رأسه ولم ينظر إليه بعد. وهذا يدل على كراهة الدخول فيه وهو قول البعض وقدمنا أنه لا يكره للقادر عليه. وظاهر كلام الإمام أنه عرف من نفسه عدم القدرة ولذا لم يقبل، وبه صرح في فتح القدير أنه لا يجوز القبول إلا لمن أجبر عليه ولذا ضرب الإمام أياماً وقيد بضعاً وخمسين وامتنع في الأصح من القبول ومات على الإباء؛ كذا في البزازية.

وحاصل ما ذكره البزازي في مناقبه روايات: الأولى أن الإمام لما أكرهه المنصور على القضاء وأبى حبسه وضربه ثلاثة أيام ومات في الحبس مبطوناً. الثانية أنه حبس مرتين على القضاء والفتيا ثم أخرج ولزم بيته ومنع من الجلوس للنسا إلى أن مات. الثالثة أنهم لما عجزوا منه قتلوه بالسم. الرابعة أنه طيف به في الأسواق. الخامسة أنه لما أحس بالسم سجد فخرجت روحه ساجداً سنة خمسين ومائة. ومن غريب ما وقع أنه جيء بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه إلا بعد العصر واستمر الناس يصلون عليه على قبره عشرين يوماً وحذر من صلى عليه خمسون ألفاً ثم قال: والجمهور على أنه لم يقبل القضاء وأنه مات بالسم وقيل قبله يومين أو ثلاثة لأجل بر المنصور في يمينه ثم ترك. ثم اعلم أن واقعة المنصور معه هي الفتنة الثانية للإمام والأولى أكرهه ابن هبيرة والي الكوفة على قضائها وضربه على رأسه حتى انتفخ وجهه وحبسه فرأى النبي ﷺ فأمره بإطلاقه وتمامه فيها. ولم يذكر الشارحون المولى للقضاة وظاهر كلامهم أنه الخليفة أو السلطان وعند الإمام الثاني الأمير الذي ولاه

يجبر عليه اهـ. قوله: **(ولم أر حكم ما لو خاف الجور مع التعين)** قد ذكر حكمه قريباً عن الفتح حيث

. . . .

السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف في الرعية وما تقتضيه الإمارة له أن يقلد ويعزل بخلاف ما إذا فوض إليه الأموال فقط. وعنه أيضاً إذا كان القضاء من الأصل ومات القاضي ليس للأمير أن ينصب قاضياً وإن ولى عشرها وخراجها وإن حكم الأمير لم يجز حكمه فإذا جاء هذا المولى بكتاب الخليفة إليه من الأصل لا يكون امضاء لقضائه؛ كذا في البزازية. وللسلطان أن يفوض التولية للقضاء إلى غيره ولو كان المفوض إليه عبداً بطريق النيابة بخلاف ما إذا حكم العبد بنفسه لم يصح. ويشترط للسلطان المولى للقضاة البلوغ لما في البزازية: مات السلطان واتفقت الرعية على سلطنة ابن صغير له ينبغي أن يفوض أمور التقليد إلى والٍ ويعد هذا الوالي نفسه تبعاً لابن السلطان لشرفه والسلطان في الرسم هو الابن وفي الحقيقة هو الوالي لعدم صحة الإذن والجمعة لا ولاية له ا هـ. وفيها أيضاً: السلطان أو الوالي إذا بلغ يحتاج إلى تقليد جديد، وكذا النصراني إذا استؤمر، وفي العبد روايتان. ولو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما إذا ولو لسلطاناً بعد موت سلطانهم فإنه يجوز. منها أيضاً: ولا بد في صحة التولية من تعيين القاضي، فلو قال السلطان وليت عالماً أو أحد هذين أو فلاناً وفلاناً لم يصح أخذاً مما في البزازية: لو قال السلطان للوالي قلد من شئت يصح، ولو قال قلد أحداً لم يصح كقوله لوكيله وكل من شئت يصح وكل أحد لا ا هـ. والتولية للقاضي إما بالمشافهة للقاضي بقوله وليتك قضاء بلدة كذا أو جعلتك قاضي القضاة ونحو ذلك، أو بإرسال ثقة إليه بذلك أو بكتاب. وفي البزازية: كان الفقيه أبو جعفر يقول: كان الفقيه أبو بكر الاسكاف يقول: تولية القضاء في ديارنا غير صحيح لأن المولى لا يواجههم بالتقليد وإنما يكتب المنشور ويكتب في كل فصل عادة من تقدم إن شاء الله تعالى فيبطل المقدم ولو محاه بعده لا ينقلب صحيحاً كما لو كتب أنت طالق إن شاء الله تعالى ثم محى المبطل لا يقع الطلاق ا هـ. ولا يشترط لصحة التولية قبوله لها وإنما يشترط عدم رده بشرط بلوغه الرد كالوكالة لما في البزازية: السلطان إذا قلده القضاء فرده مشافهة ثم قبل لا يصح، وإن بعث إليه منشوراً أو أرسل إليه فرده ثم قبل إن قبل قبل بلوغ الرد إلى السلطان يصح القبول لا بعد بلوغ الرد إليه، وكذا الوكيل برد الوكالة ثم يقبل، وكذا إذا كتبت المرأة إلى رجل زوجت نفسي منك فبلغ الكتاب إليه فرده ثم قبل والرسالة كالكتابة ا هـ.

ولم أر لأصحابنا مجموعاً ما يستفيده القاضي بالتولية وقد جمعته من مواضعة فيملك الحكم الثابت ببينة أو إقراراً ونكول عن اليمين بعد استيفاء الشرائط الشرعية للحكم، ويملك حبس الممتنع عن أداء الحق، ومن وجب عليه تعزير ورأى حبسه لقولهم إنه مفوض إلى رأيه، ويملك إقامة التعازير ما كان حقاً لله تعالى بلا طلب أحد وما كان حق عبد بطلبه، ويملك

قال: ومحل الكراهة ما إذا يتعين عليه فإذا انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الخ. على

. . . .

إقامة الحدود كما صرحوا به في بابها. وفي تهذيب القلانسي أنها إلى الإمام وأمراء الأمصار دون أمراء السواد وعمال الخراج في الرساتيق ا هـ. ويملك تزويج اليتامى والأيتام حيث لا ولي لهم لكن بشرط أن يكتب في منشوره ذلك، وظاهر كلامهم في باب الأولياء أنه لا يكفي في هذه توليته له قاضي القضاء. ويملك الاستخلاف بالإذن الصريح أو بقوله جعلتك قاضي القضاة وإلا فلا يملك، ويملك ولاية أموال غير المكلفين ممن لا ولي له، وأما من له ولي فلا إلا أن يتصرف غير صالح فله نقضه أو كان مبذراً مسرفاً فله منعه كما في بيوع الخانية. ويملك ولاية الوقوف ولو شرط الواقف أن لا ولاية له في وقفه فشرطه باطل كما قدمناه في الوقف. ويبحث عن ولاتها فيعزل الخائن عنها ولو كان ابن الواقف. ويحاسبهم ويحلف من يتهمه منهم كما قدمناه في الوقف. وله نصب الأوصياء إن لم يكن للميت وصي. وفي البزازية من التاسع في نصب الوصي من كتاب القضاء قال الإمام الحلواني: للقاضي أن ينصب الوصي في مواضع إذا كان في التركة دين، مهراً كان الدين أو غيره، بشرط امتناع الوارث الكبير من البيع للقضاء أو وصية أو صغير فينصبه القاضي لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصية أو لحفظ مال الصغير، وكذا لو كان أبو الصغير مبذراً متلفاً لمال الصغير ينصب وصياً لحفظ ماله. ولو اشترى الوارث من مورثه شيئاً ثم اطلع بعد موته على عيب نصب القاضي وصياً حتى يرده الأب عليه. وقيد الخصاف نصب الوصي فيما إذا كان على الميت دين وله وارث كبير غائب بانقطاعه عن بلد المتوفى لا يأتي ولا تذهب القافلة، فإن لم يكن منقطعاً لا ينصب، وكذا ينصب وصياً على الصغير عند غيبة أبيه واحتيج إلى إثبات حق الصغير إن كانت غيبة الأب منقطعة وإلا فلا. وينصب وصياً عن المفقود لحفظ حقوقه ولا ينصب عن الغائب ا هـ. فهذه سبعة مواضع يملك فيها نصب الوصي. ثم رأيت ثامناً قال في القنية: إذا كان المدعى عليه أصم أعمى أخرس فالقاضي ينصب عنه وصياً ويأمر المدعي بالخصومة معه إن لم يكن له أب أو جد أو وصيهما ا هـ. قال في البزازية بعدها: وإنما يلي

أن قوله «وإن كان فرضاً» يدفع التوقف وما استدل به تأمل. قوله: **(ولا ينصب على الغائب)** في جامع الفصولين عن فتاوى رشيد الدين للقاضي: نصب الوصي لو كان وارثه غائباً ويكتب في نسخه الوصاية أنه جعله وصياً وورائه غائب مدة السفر اهـ. ووفق الشيخ خير الدين في حاشيته على الفصولين بإمكان حمل الأول على ما إذا كان معروفاً ولم تكن غيبته منقطعة وعلى ما لم تدع إليه الضرورة قال: وسيأتي ما يؤيده وتقدم ما يؤيده أيضاً اهـ. ويأتي قريباً أن له إقراض مال الغائب قوله: **(ثم رأيت ثامناً الخ)** قال الرملي وفي واقعات الناطفي: رجل مات وأوصى إلى رجل فادعى إنسان ديناً على الميت والوصي غائب نصب القاضي خصماً عن الميت حتى يخاصم الغريم ليصل إلى حقه. وفي شرح أدب القاضي المنسوب إلى صاحب المحيط أن القاضي ينصب وصياً يدعى عليه وإن

....

النصب إذا كان مأذوناً بالاستخلاف وينصب عدلاً أميناً كافياً لا غريباً لا يعرف، ويثبت ذلك بإخبار عدل.

ويشترط في نصب الوصي على اليتيم كونه في ولاية القاضي لا التركة، وفي الوقف كون المدعى عليه في ولايته؛ هكذا اختاره القاضي وفيه اختلاف. ويملك البيع على المديون لإيفاء دينه على القول المفتى به كما صرحوا به في الحجر. وله ولاية إقراض اللقطة من الملتقط، وولاية إقراض مال الغائب، وله بيع منقوله إذا خاف عليه التلف إذا لم يعلم مكان الغائب، فإذا علم مكانه بعث إليه لأنه يمكنه حفظ العين والمالية دل هذا على أنه يملك بعث ما الغائب إليه إذا خاف التلف. وله نصب وكيل في جمع غلات المفقود. طلب الوارث أو لا. وله إيفاء ديون الغائب بماله بالحصص وبيع ماله لإيفاء دينه إذا كان دينه ثابتاً عنده. وله الإرسال خلف من نسب إلى طلاق زوجته الثلاث إذا أخبره عدلان وإن لم تطلبه المرأة، الكل من البزازية من نوع في ولاية القاضي قال: وليس له أن يزوج أم ولد الغائب وله الإذن بالإنفاق على مال الغائب وزوجته وأولاده وأصله من ماله كما قدمناه في النفقات. وله فرض النفقة على الزوج إذا لم يكن صاحب مائدة وطعام كثير. وفي جامع الفصولين: للقاضي إيداع مال الغائب. وله الإذن في بيع شيء باعه مالكه لرجل وغاب المشتري ليأخذ ثمنه من ثمنه لو من جنسه، ولو كانت دابة فله الإذن بإجارتها وعلفها من أجرتها. وله الإذن ببيع الجارية المغصوبة لو كان مالكها غائباً ولو من الغاصب فيحل له وطؤها، وإن حضر مالكها كان له علي ذي اليد ثمنها، ولا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما، وله أن يكاتبهما ويبيعهما، وله أن يقبض دين غائب من محبوسه، وله أن يضعه عند عدل، وله إطلاق محبوسة بكفيل بنفسه، وله الإذن ببيع وديعة خيف فسادها وربها غائب كصوف، وله بيع دار الميت إذا لم يعلم له وارث وإذا علم جاز أيضاً حفظاً، وله بيع الآبق، وله إجارة بيع بيت المفقود لو

لم يكن الوارث غائباً في رواية؛ كذا في الفصول العامدية قوله: **(ويشترط في نصب الوصي على اليتيم الخ)** وفي الظهيرية أن الصحيح اشتراط حضور الصبي عند القاضي في نصب الوصي للزوم الإشارة إليه. وفي مبسوط شمس الأئمة الحلواني أنه لا يشترط في صحة نصب الوصي كون اليتيم أو التركة في ولايته. وفي فتاوى القاضي: إذا نصب وصياً في تركه أيتام وهم في ولايته والتركة ليست في ولايته أو كانت التركة في ولايته والأيتام لم يكونوا في ولايته أو كان بعض التركة في ولايته والبعض لم يكن في ولايته قال شمس الأئمة الحلواني: يصح النصب على كل حال ويكون الوصي وصياً في جميع التركة أينما كانت التركة. وكان ركن الإسلام على السغدي يقول: ما كان من التركة في ولايته يصير وصياً وما لا فلا. أدب الأوصياء من فصل النصب وتمامه فيه قوله: **(دل هذا على أنه يملك بعث مال إلى الغائب إليه الخ)** هذا مصرح به الخانية ونصها كما في الحامدية:

....

خيف خرابه لو لم يسكن، وله قبض المغصوب الغائب من غاصبه، وله أخذ وديعة المفقود وإيداعها عند من يثق به. ا هـ ما في جامع الفصولين ملخصاً. وأما إقامة الجمع والأعياد فيملكها القاضي إن كانت في منشوره وإلا فلا، وقول محمد للقاضي أن يجمع حمله المشايخ على هذا؛ كذا في البزازية من أول القضاء. وله النظر في الطريق فيمنع متعدياً فيها ببناء وإشراع جناح لا يجوز، وله نصب القسام كما ذكروه في كتاب القسمة. وله نصب أئمة المساجد، ولم أر حكم نصبه للمحتسبين وينبغي أن يكون له ذلك إن لم ينصب الإمام أحداً. وأما نصب العاشر والجابي للزكوات فإلى الإمام كأخذ الجزية والخراج وما يتعلق بأموال بيت المال.

قوله: **(ولا يسأل القضاء)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من طلب القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده»(١) أي يلهمه رشده؛ ذكره الصدر الشهيد. ولأن من طلبه اعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه توكل على ربه فيلهم. وعلله في السراج الوهاج بأخرى بأن في طلب القضاء إذلالاً وإهانة بالعلم لأن كل معرض مهان ا هـ. وهو يفيد منع العالم من السؤال مطلقاً لا لحاجة، وقد جمع القدوري بين النهي عن طلبه والنهي عن سؤاله ففهم الشارحون المغايرة بينهما؛ فقيل الطلب بالقلب والسؤال باللسان؛ كذا في المستصفى. وفي الينابيع: الطلب أن يقول للإمام ولني والسؤال أن يقول للناس لو ولاني الإمام قضاء بلدة كذا لأجبته إلى ذلك وهو يطمع أن يبلغ ذلك إلى الإمام ا هـ. والمراد كراهة السؤال أي تحريماً أي لا يحل كما في فتح القدير، وليس النهي عن السؤال على أطلاقه بل مقيد بأن لا يتعين للقضاء أما إن تعين بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعاً لظلم الظالمين. واستحب بعض الشافعية طلبه لخامل

وللقاضي أن يبعث مال الغائب إلى الغائب إذا خاف الهلاك، وله أن يأخذ مال اليتيم من والده إذا كان الوالد مسرفاً مبذراً ويضعه على يد عدل إلى أن يبلغ اليتيم؛ خانية في فصل من يقضي في المجتهدات قوله: **(وأما إقامة الجمع والأعياد فيملكها القاضي إن كانت في منشورة)** قلت: وفي زماننا يؤذن القاضي بنصب الخطيب إذا مات خطيب الجامع ويكتب إلى السلطنة العلية ليقرره فيها، وليس مأذوناً في نصب الخطيب ابتداء هكذا أخبرني ترجمان القاضي لحادثه اقتضت ذلك، ومقتضى هذا أنه ليس له إقامتها بنفسه ولكن كنت مرة في جامع بني أمية وقد مات الخطيب وكان نائباً عن رجل فخرج الأصيل ليخطب وكان حديث السن والقاضي حاضر في الجامع فغضب من ذلك وأنزله من المنبر وأخرج نائب القاضي فخطب بالناس وصلى وضج الناس وصاروا يتحدثون بأن هذه الجمعة لم تصح حيث لم يأذن الخطيب لنائب القاضي فلا أدري هل ذلك جهل من ذلك القاضي أو كان

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ١.

. . . .

الذكر لينشر العلم كما في المعراج، ولم أر حكم ما إذا تعين ولم يول الإ بمال هل يحل بذله؟ وكذا لم أر حكم جواز عزله وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه وأن يحرم عزله حيث تعين وأن لا يصح عزله، وكما لا يجوز طلبه لا تجوز تولية الطالب في الخلاصة والبزازية والخانية من الوقف: طالب التولية لا يولى ا هـ. فمن طلب القضاء أو النظارة أو الوصاية لا يولى، وعللوه بأن الطالب موكول إلى نفسه وهو عاجز فيكون سبباً لتضييع الحقوق. وفي وصايا البزازية قال أبو مطيع البلخي أفتي منذ نيف وعشرين سنة فما رأيت قيماً عدل في مال ابن أخيه قط فلا ينبغي أن يتقلد الوصاية أحد وقد قيل: اتفوا الواوات الوكالة والوصاية والوِلاية ا هـ. وظاهر كلامهم أنه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لإطلاقهم، وقدمنا في كتاب الوقف أن له طلب عودها إذا عزل من قاضٍ جديد.

قوله: **(ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغي)** لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله تعالى عنهما في نوبته، والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائزاً أفسق أهل زمانه؛ هكذا قال أصحابنا. وفي فتح القدير: وهذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في أقضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاة قبل تسليم الحسن رضي الله عنه له، أما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة ا هـ. ومن العلماء من قال إن الحسن رضي الله عنه لم يسلم له اختياراً وإنما سلم له لما رأى ما يقع بينهما من قتل المسلمين من كل من الطائفتين فكان مضطراً كما في المسايرة. وفي المعراج: انعقد الإجماع على بيعة معاوية حين سلم له الحسن. وما ذكر المؤلف من جواز التقليد من الجائر مقيد بما إذا كان يمكنه من القضاء بالحق أما إذا لم يمكنه فلا كما في الهداية لأن المقصود لا يحصل به. والعادل هو الواضع كل شيء في موضعه، وقيل هو المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط، سواء كان في العقائد أو في الأعمال أو في الأخلاق. وقيل: الجامع بين أمهات كمالات الإنسان الثلاثة وهي الحكمة والشجاعة والعفة التي هي أوساط القوى الثلاث أعني القوة العقلية والغضبية والشهوانية. وقيل: المطيع لأحكام الله تعالى. وقيل: المراعي لحقوق الرعية؛ ذكره الكرماني في شرح قوله عليه الصلاة والسلام «إمام عادل» والعدل في اللغة القصد في الأمور وهو خلاف الجور. وذكر الصدر الشهيد في شرح

مأذوناً والله تعالى أعلم. قوله: **(ولم أر حكم ما إذا تعين ولم يول إلا بمال الخ)** قال في النهر: هذا ظاهر في صحة توليته وإطلاق المصنف يعني قوله: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً يرده وأما عدم صحة عزله فممنوع. قال في الفتح للسلطان أن يعزل القاضي بريبه وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل اهـ. نعم لو قيل لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل. قال أبو السعود: ونظر فيه السيد الحموي بأن ما في الفتح ليس نصاً في صحة عزل من تعين عليه القضاء

....

أدب القضاء للخصاف أن أبا بكر رضي الله عنه سئل عن العدل وهو على المنبر فقال على البديهة:

العدل أن تأتي إلى أخيكا ما مثله أن يرضيكا.

وأطلق في الجائز فشمل المسلم والكافر كما ذكره مسكين معزياً إلى الأصل، وظاهره صحة سلطنة الكافر على المسلمين وصحة توليته للقضاة وفي فتح القدير ما يخالفه قال: وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن وبلسينة وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصبوا إماماً يصلي بهم الجمعة ا هـ. ويؤيده ما في جامع الفصولين: وكل مصرفيه والٍ مسلم من جهة الكفار يجوز منه إقامة الجمع والأعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاء وتزويج الأيامي لاستيلاء المسلم عليهم، وأما طاعة الكفرة فهي موادعة ومخادعة، وأما في بلاد عليها ولاة الكفارة فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضي قاضياً بتراضي المسلمين ويجب عليهم طلب وال مسلم ا هـ. وتصريحه بجواز التقلد من الجائز يدل على أن البغاة إذا ولو قاضياً ثم جاء أهل العدل فرفعت قضاياه إلى قاضي أهل العدل فإنه يمضي حيث كان موافقاً أو مختلفاً فيه كما في سائر القضاة، وهو مصرح به في فصول العمادي، ويدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل لأن الفاسق يصلح قاضياً في الأصح. وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه: الأول ما ذكرناه وهو المعتمد. الثاني عدم النفاذ فإذا رفع إلى العادل لا يمضيه. الثالث حكمه حكم المحكم يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله ا هـ. وأشار المؤلف بصحة التقليد من الجائر عادلاً كان القاضي أو باغياً إلى صحة عزل الباغي لقضاة أهل العدل. وفي الفصول: بمجرد استيلاء

لجواز حمله على من لم يتعين عليه القضاء وقياسه على الوصي العدل قياس مع الفارق اهـ. قلت: ويظهر لي أنه يحل له السؤال دون بذل المال لأنه رشوة لأنه إذا تعين عليه وسأله فلم يوله السلطان سقط عنه الوجوب فبأي وجه يحل له أن يدفع الرشوة لشيء لم يبق واجباً عليه وقد قال كثير من علمائنا إن فرضيه الحج تسقط إذا لم يتمكن منه إلا بدفع الرشوة للإعراب فهذا أولى. وأما مسألة عزله فلا شك أن القاضي وكيل عن السلطان فإذا تعين القاضي للقضاء وجب على السلطان أن يوليه فإذا عزله وهو وكيل عنه صح عزله وإن أثم يمنع المستحق قوله: **(وقد قيل الخ)** لبعضهم نظماً:

احذر من الواوات أربعة فهن من الحتوف
واو الولاية والوكالة والوصاية والوقوف

قوله: **(وقدمنا في كتاب الوقف الخ)** قال في النهر: وينبغي أن يخص من طلب توليه الوقف

ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها ونظر في حال المحبوسين

الباغي لا تنعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعده لا تنفذ قضاياهم بعده ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانياً إذ الباغي صار سلطاناً بالقهر والغلبة ا هـ. وفي شرح باكير فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف: اعلم أنه لا بد أن يكون الإمام مكلفاً حراً مسلماً عدلاً مجتهداً ذا رأي وكفاية سميعاً بصيراً ناطقاً وأن يكون من قريش وللإمام فيه منع، وإن لم يوجد فمن العجم، وتنعقد بيعة أهل الحل والعقد من العلماء المجتهدين والرؤساء لما عرف ا هـ. وتكفي مبايعة واحدة وقيل لا بد من الأكثر. وقيل لا يلزمه عدد وتمامه في المسايرة. وعرف المحقق الإمامة العظمي في المسايرة بأنها استحقاق تصرف عام في الدين والدنيا على المسلمين. وظاهره أنه لا بد في الإمام من عموم ولايته ولذا قالوا: لا يجوز اجتماع إمامين في زمن واحد وقدمنا أولاً عن الخانية بماذا يكون سلطاناً.

قوله: **(فإن تقلد يسأل ديوان قاض قبله)** شروع فيما يفعله القاضي إذا تقلده؛ فإن كان في البلد ينبغي أن يقرأ المنشور على أهل البلد إن كتب له، وإن قدم من خارج ينبغي أن يقدم يوم الاثنين أو الخميس لابساً عمامة سوداء وينزل وسط البلد ويقرأ عليهم منشوره، ولم أره صريحاً الآن. ثم رأيته في شرح أدب القضاء للخصاف. ثم يطلب ديوان القاضي السابق لأنه إنما وضع للحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما في يده لاحتمال الحاجة إليها، والأخرى في يد الخصم وما في يده لا يؤمن عليه. والديوان لغة جريدة الحساب، ثم أطلق على الحاسب ثم إطلق على موضع الحاسب وهو معرب، والأصل دوان فابدلت من إحدى المضعفين ياء بالتخفيف ولهذا يرد في الجمع إلى أصله فيقال دواوين، وفي التصغير دويوين لأن التصغير وجمع التكسير يرد إن الأسماء إلى أصولها. ودونت الديوان أي وضعته وجمعته ويقال إن عمر رضي الله تعالى عنه أول من دون الدواوين في العرب أي رتب الجرائد للعمال وغيرها؛ كذا في المصباح والمراد به هنا ما ذكره بقوله: **(وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها)** أي الديوان والخرائط جمع خريطة مثل كريمة وكرائم وهي شبهة كيس يشرج من أديم وخرق؛ كذا في المصباح. وهذا مجاز لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس كما أفاده مسكين. والسجلات جمع سجل وهو لغة كتاب القاضي. والمحاضر جمع محضر، وذكر العلامة خسرو في شرح الدرر والغرر أن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما من الإقرار من المدعى عليه أو الإنكار فيه والحكم بالبينة أو النكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل والصك

ما إذا عزل منه وادعى أن العزل من القاضي الأول بغير جنحة فإن له طلب العود من القاضي الجديد، وحين ذلك يقول له القاضي أثبت أنك أهل للولاية ثم يوليه؛ نص عليه الخصاف. وأن

. . . .

ما كتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها، والحجة والوثيقة متناولان الثلاثة ا هـ. وفي العرف الآن السجل ما كتبه الشاهدان في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خط القاضي، والحجة ما نقل من السجل من الواقعة وعليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطي للخصم. وفي قوله «إن دون إذا إشارة» إلى أن تقلده نادر غير كائن لا يتقلده إلا مغرور بحديث النفس إليه أشار مسكين وأراد بغيرها محاسبات الأوقاف وكل شيء كان فيه مصالح الناس مما يتعلق بالقاضي المعزول. وأطلقه فشمل ما إذا كان الورق من بيت المال أو من مال أرباب القضايا وهو الصحيح، وما إذا كان من مال القاضي في الصحيح لأنه أخذه تديناً لحفظ أمور المسلمين لا تمولاً، ويبعث المولى اثنين أو واحداً مأموناً ليقبضاها من المعزول أو أمينه ويسألان منه شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع في خريطة ليكون أسهل للتناول، وهذا السؤال لكشف الحال لا للزوم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل، ثم إذا قبضاه ختماً عليه خوفاً من التغيير. وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فلا حاجة إليه فإن كتب الأوقاف تغني عنه. وأشار إلى أن المولى بمجرد توليته لا يتأخر عن النظر فيما فوض له، فإن تأخر لغير عذر عزله الإمام ولذا قال الصدر الشهيد: إن عمر رضي الله عنه استقضى رجلاً على الشام يقال له حابس بن سعد الطائي على قضاء حمص قال له: يا حابس كيف تقضي؟ قال: أقضي بما في كتاب الله تعالى. قال: فإن لم يكن في كتاب الله تعالى؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ. قال: فإن لم يكن في سنة رسوله ﷺ؟ قال: أجتهد برأيي واستشير جلسائي. فقال عمر رضي الله عنه: أصبت وأحسنت. ثم لقي عمر ذلك الرجل فقال: ما منعك أن تسير إلى عملك؟ قال: يا أمير المؤمنين إني رأيت رؤيا هالتني أي خوفتني قال: وما هي؟ قال: رأيت كأن الشمس والقمر يقتتلان، رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق في جمع كثير، ورأيت كأن القمر أقبل من المغرب في جمع كثير حتى اقتتلا قال: فمع أيهما كنت؟ قال: مع القمر. فقرأ عمر رضي الله عنه ﴿وجعلنا الليل والنهار آيتين فمحونا آية الليل وجعلنا آية النهار مبصرة﴾ كنت مع القمر في مغرب الشمس أردد إلينا عهدنا فقتل بعد بصفين مع معاوية، فيدل على أن للإمام عزل القاضي إذا تأخر وعلى التفاؤل وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف.

قوله: **(ونظر في حال المحبوسين)** أي الجدد لأنه نصب ناظراً للمسلمين. والمراد المحبوس في سجن القاضي فيبعث القاضي ثقة يحصيهم في السجن ويكتب أسماءهم وأخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم. وفي شرح أدب القضاء يجب على القاضي كتابة اسم

تكون التولية مشروطة له فإذا طلبها في هذه الحالة فإنما طلب تنفيذ الشرط قوله: **(ويكتب أسماءهم وأخبارهم الخ)** قال في النهر: ولا بد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم وثبوته عند الأول ليس

فمن أقر بحق أو قامت عليه بينة ألزمه وإلا نادى عليه وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة

المحبوس وأبيه وجده وما حبس بسببه وتاريخه، فإذا عزل بعث النسخة التي فيها أسماؤهم إلى المتولي لينظر فيها، وأما المحبوس في سجن الوالي فيجب على الإمام النظر في أحوالهم. وحاصل ما ذكره الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج أن من حبس من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ولا مال لهم أن نفقتهم في بيت المال وكسوتهم، وكذا أسراء المشركين وأن لا يبيت أحد في قيد إلا رجل مطلوب بدم. وينبغي أن يولي على هذا الأمر رجلاً صالحاً يثبت أسماءهم عنده ويدفع نفقتهم وأدمهم شهراً بشهر، ويدعو كل رجل ويدفع إليه بيده ويعفهم عن الخروج في السلاسل يتصدق عليهم فإن هذا شيء عظيم، ومن مات منهم ولا ولي له ولا قرابة فإن تجهيز من بيت المال وأمر بالصلاة عليه ونظر في أحوالهم كل أيام فمن كان عليه أدب أدب وأطلق، ومن لم يكن له قضية خلي سبيله إلى آخر ما ذكره رحمه الله قوله: **(فمن آقر بحق أو قامت عليه بينة ألزمه)** لأن كلاً منهما حجة ملزمة. وليس المراد بقوله ألزمه الحكم عليه وإنما المراد ألزمه الحبس كما أشار إليه مسكين أي أدام حبسه، ويصح أن يراد ألزمه بالحق وإليه يشير تقريره في فتح القدير. والظاهر عندي ما قاله مسكين لأن الثاني لا يطرد في كل إقرار لأن المحبوس إذا أقرّ بسبب عقوبة خالصة كالزنا وشرب الخمر فقال إني أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات في الزنا ولم يقم الحد علي فإن القاضي لا يقيمه عليه لأن ما كان منه في مجلس المعزول بطل لكن يستقبل المولى الأمر فإذا أقر حده ثم

بحجة يعتمدها الثاني في حبسهم لأن قوله لم يبق حجة؛ كذا في الفتح. وعلى هذا فما في شرح أدب القضاء يجب على القاضي كتابة اسم المحبوس الخ. يفيد أن النظر في حالهم إنما هو في النسخة التي بعثها القاضي إليه فلا معنى لوجوب كتابة ما ذكر إذ لا أثر له يظهر ا هـ. قلت: ورأيت في شرح أدب القضاء للإمام حسام الدين عمر بن عبد العزيز تعليل الوجوب بقوله لأنه ربما يحتاج إلى سماع البينة على الإفلاس بعد الحبس فلا بد أن يكون ذلك معلوماً للقاضي قال: ثم القاضي المقلد يأخذ هذه النسخة من القاضي المعزول أيضاً الخ. ثم قال بعده: ولا يلتفت إلى قول القاضي المعزول. ـ فعلم أن وجوب كتابه ما ذكر لا لينظر الثاني فيه بل لحاجة الأول إليه وهي ما ذكر فله أثر ظاهر ومعنى باهر بل له فوائد أخر ذكرها في شرح أدب القضاء أيضاً في الباب الحادي والثلاثون في الحبس حيث قال: أما يكتب اسم المحبوس ونسبه فلأن الطالب ربما طالب القاضي بتسليم المحبوس إليه فلا بد أن يعرف القاضي اسمه ونسبه حتى يطالب السجان بتسليم ذلك إليه، والتعريف إنما يحصل بالاسم والنسبة. وإنما يكتب من حبس لأجله لأنه لو لم يكتب ربما جاء إنسان آخر وادعى أنه حبسه في دينه ويخرجه فيهرب من القاضي والخصم الذي حبس لأجله غيره. وأما يكتب مقدار الحق الذي عليه فلأنه ربما جاء المحبوس بمال قليل ويقول للقاضي حبستني لهذا القدر من المال فيدفعه إلى القاضي ويهرب. وأما يكتب التاريخ فلأنه ربما أحتاج إلى أن يسمع البينة على إفلاسه

....

بعد الحد يتأنى وينادي عليه ثم يطلقه بكفيل بنفسه؛ كذا في شرح أدب القضاء للخصاف. وقوله أو قامت عليه بينة أعم من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضي عليه، وأما المعزول فلا يقبل قوله لو قال حبسته بحق عليه، وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا كما في السراج الوهاج. وعلله في البداية بأنه كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه ا هـ. فظاهره أنه لو شهد مع آخر لم تقبل شهادته، ورأيت في بعض كتب الشافعية أنه لو شهد مع آخر على حكمه لم تقبل إلا أن يقول إن قاضياً قضى عليه بكذا لفلان ا هـ. وقواعدنا تأباه لأن الشهادة على قضاء القاضي من غير تسميته غير صحيحة. ولم يذكر المؤلف رحمه الله إطلاقه بعد إلزامه لما في شرح أدب القضاء أنه إذا أقر لفلان بن فلان وعرفه القاضي أو شهد الشهود بنسبه وأحضر المال له أطلقه بلا كفيل، وكذا إذا اختار المدعي إطلاقه وإن أشكل على القاضي أمر المدعي أمره بالدفع إليه ولا يطلقه بل يتأنى ثم يطلقه بكفيل خوفاً من الاحتيال ا هـ.

قوله: **(وإلا نادى عليه)** أي من لم يثبت عليه شيء أمر منادياً كل يوم في محلته وقت جلوسه من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر حتى نجمع بينه وبينه، فإن حضر واحد وادعى وهو على إنكاره ابتدأ الحكم بينهما وإلا تأنى في ذلك أياماً على حسب ما يرى القاضي، فإن لم يحضر أحد أخذ منه كفيلاً بنفسه على الصحيح اتفاقاً وأطلقه بخلاف مسألة القسمة فإن أبا حنيفة لم يأخذ من الورثة كفيلاً لأن احتمال وارث آخر موهوم وهنا القاضي لا يحبسه إلا بحق ظاهر وخلافه موهوم. فإن قال لا كفيل لي وأبى أن يعطي كفيلاً وجب أن يحتاط نوعاً آخر من الاحتياط فينادي شهراً فإن لم يحضر أحد أطلقه. وقد بحث المحقق في فتح القدير بأنه لو قيل بالنظر إلى أن الظاهر أنه حبس بحق يجب أن لا يطلقه بقوله ني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الإعسار كان جيداً اهـ. قلت: ليس بجيد لأنا عملنا بمقتضى هذا الظاهر بالنداء وأخذ الكفيل ولو أبقيناه في الحبس كما ذكره لسوينا بين

وإنما يسمع بعد مدة فلا بد من أن يعرف هل انقضت تلك المدة وأنما يعرف بالتاريخ اهـ. قوله: **(فظاهره أنه لو شهد مع آخر لم تقبل شهادته)** كذا في النهر أيضاً لكن في فتاوى قارىء الهدايه سأل إذا أخبر حاكم حاكماً بقضية هل يكفي أخباره ويسوغ للحاكم العمل بها؟ أجاب: لا يكفي أخباره بل لا بد معه من شاهد آخر اهـ. ومثله في فتاوى المؤلف، ويخالفه ظاهر ما في شرح أدب القضاء وما كان حكم أخبر به القاضي المعزول وله بذلك شهود يقبل منه قوله كما إذا شهد شهود على حكمه، وكذا ما قدمه المؤلف في السادس في طريق ثباته عن السراج الوهاج الحاكم إذا حكم بحق ثم قال بعد عزله كنت حكمت بكذا لم يقبل قوله اهـ. إلى آخر ما ذكره هناك فظاهره يخالف ذلك والله تعالى أعلم، وسيأتي قبيل الشهادات الإختلاف في قبول قول القاضي المولى مطلقاً أو مع عدل،

وإقرار ولم يعمل بقول المعزول إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمه إليه فيقبل قوله فيهما ويقضي في

المحقق والظاهر فإن المعسر تحققنا ثبوت الحق عليه بخلاف المحبوس بعد عزل القاضي. ثم اعلم أن حاصل ما ذكره الصدر في المحبوسين أنه إن كان بسبب الدين فقد ذكرناه، وإن كان بسبب قصاص أقر به اقتص منه للمقر له في النفس والطرف ولكن لا يطلقه في الطرف إلا بكفيل احتياطاً، وإن كان قال حبست بسبب حد الزنا لا يعمل القاضي بإقراره السابق وإنما يستأنف الآن، وإن قال بسبب شهود علي به لا يحده بذلك، وإن قال بسبب سرقة أقررت بها قطع المولى يده وأطلقه بكفيل، وإن قال بينة لا للتقادم وإن أقر أنه حبس بسبب حد الخمر لا يحده سواء قال بإقرار أو ببينة، وإن قال بسبب قذف لفلان وصدقه حد مطلقاً وأطلقه بكفيل قوله: (**وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار**) لأن كلاً منها حجة والمراد إقرار ذي اليد وأما غيره فلا يقبل إقراره. وفي فتح القدير: والذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم اهـ. وقد انقطع هذا في زماننا فإن أموال اليتامى تحت يد الأوصياء ولم يول في زماننا أمين الحكم. قيد بغلات الوقف لأنه لا يعمل بإقرار ذي اليد في أصل الوقف إذا جحده الورثة ولا بينة وقال المعزول إن هذا وقف فلان بن فلان سلمته إلى هذا وأقر ذو اليد وكذبه الورثة لم يقبل قول القاضي وذو اليد ويكون ميراثاً بين الورثة، وتمامه في شرح أدب القضاء.

قوله: (**ولم يعمل بقول المعزول إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمه إليه فيقبل قوله فيهما**) يعني لو قال من في يده المال لي وقال المعزول إنه مال وقف أو يتيم لم يقبل قوله لما بينا أنه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لأنه هو المخصوص بأن يكتفي بقوله في الإلزام حتى الخليفة الذي قلد القضاء لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد

والظاهر أنه المراد بما في فتاوى قارئ الهداية والمؤلف فلا يخالف ما هنا. قوله: (**ولكن لا يطلقه في الطرف احتياطاً**) لأنه تتمكن تهمة المواضعة فإنه يجوز أن يكون لإنسان آخر حق في نفسه أو في ماله فهو يبذل الطرف ليتخلص فيفوت حق ذلك الإنسان في نفسه فيأتي في ذلك وينادي ثم يأخذ كفيلاً بنفسه ويطلقه؛ كذا في شرح أدب القضاء قوله: (**وإنما يستأنف الآن**) فإن أقر بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس صح، وإن كان محصناً رجمه وإلا جلده ثم يتأنى في ذلك وينادي عليه، وإن حضر له خصم بينهما وإلا أخذ منه كفيلاً بنفسه؛ كذا في شرح أدب القضاء للخصاف قوله: (**لا يحده بذلك**) لأن ما كان من الشهادة عند القاضي المعزول لا يعتبر عند الثاني؛ كذا في شرح أدب القضاء وفيه: وكذلك إذا شهد وأعند القاضي الثاني إذا تقادم العهد لأنها حينئذ لا تكون حجة بخلاف الإقرار ولا يطلقه لتوهم الحيلة لكن ينادي عليه ويتأنى في أمره ويأخذ منه كفيلاً بنفسه ويطلقه. قوله: (**قطع المولى يده وأطلقه بكفيل وإن قال ببينه لا للتقادم**) كذا في النهر وتبعه الحموي وفيه نظر لما سبق في

المسجد أو داره ويرد هدية إلا من قريب أو ممن جرت عادته به ودعوة خاصة ويشهد الجنازة

عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله. والحاصل أن المسألة على وجوه خمسة: الأول أن يقر بأنه سلمها إليه ومع ذلك يقر بها لغيره فإذا بدأ ذو اليد بالإقرار للغير ثم بتسليم القاضي فأقر القاضي بأنها لآخر وحكمه أن تسلم العين للمقر له الأول ويضمن المقر قيمته إن كان قيمياً أو مثله إن مثلياً للقاضي بإقراره الثاني فيسلمها لمن أقر له القاضي. الثاني أن ينكر التسليم وحكمه أن لا يقبل قول المعزول. الثالث أن يقر بأن المعزول سلمه إليه ثم يقر به للغير عكس الأول وحكمه عدم قبول الثاني. الرابع أن يبدأ بالإقرار بتسليم القاضي ثم يقول لا أدري لمن هو وحكمه قبول قول القاضي. الخامس أن يقر بأنه تسلمه من القاضي وصدق القاضي أنها لفلان فيقبل قولهما ويدفع إلى القاضي ليدفعه إلى فلان فلم يعمل بقوله في وجه وعمل به في الأربعة. وقوله «ببينة» شامل لما إذا شهدوا أنهم سمعوا القاضي قبل عزله يقول هذا المال لفلان اليتيم استودعته فلاناً، وكذا إذا شهدوا على بيعه مال اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره، وكذا لو مات الأول واستقضى غيره فشهد بذلك قوله: **(ويقضي في المسجد أو داره)** لأنه ﷺ حكم بين المتلاعنين في المسجد وقال للمديون قم فاقضه بعد أمر الدائن بوضع الشطر وكانا في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما وأمر بإقامة الحد وهو في المسجد. وقد لاعن عمر رضي الله عنه عند منبر رسول الله ﷺ كما رواه البخاري: وأما كون المشرك يدخله للقضاء وهو نجس فلا يمنع لأن نجاسته نجاسة الاعتقاد على معنى التشبيه، وأما الحائض فتخبر بحالها ليخرج إليها القاضي أو يرسل نائبه كما إذا كانت الدعوى في دابة، وكذا السلطان يجلس في المسجد للحكم. أطلق المسجد فشمل غير الجامع لكنه أولى لأنه أشهر، ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة. قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع في وسط البلد، أما إذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة فالأولى أن يختار مسجداً في وسط البلد وفي السوق. ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما ذكرناه. ويأذن للناس على العموم ولا يمنع أحداً لأن لكل أحد حقاً في مجلسه، والأولى أن يكون بيته في وسط البلد لما ذكرناه. والحاصل أنه يجلس له في أشهر الأماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب وهو الأفضل، ولا يحكم وهو ماشٍ ولا راكب ولا بأس بالعقود على الطريق إذا كان لا يضيق على المارة، ولا بأس بالحكم وهو متكئ. والقضاء وهو مستوٍ أفضل تعظيماً لأمر القضاء، ولا يجلس وحده لأنه يورث التهمة فينبغي أن يجالسه من كان يجلس

الحدود أن طلب المسروق منه شرط القطع مطلقاً سواء كان الثبوت بالبينة أو الإقرار. أبو السعود قوله: **(وإن قال ببينة لا للتقادم)** أي لا يقطعه لأجل التقادم، وكذا إذا اشهدوا عند الثاني إذا تقادم العهد ولا يعجل في إطلاقه بل يفعل ما قلنا؛ شرح أدب القضاء قوله: **(إلى المقر له الأول)** وهو من

....

معه قبل ذلك، وروي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة. ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعلياً رضي الله عنهم حتى قال أحمد: يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه. وفي المبسوط: وإن دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده فإن طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه من حشمة الفقهاء عن فضل القضاء، ومنهم من يزداد قوة على ذلك، فإن كان ممن يدخله حصر جلس وحده.

وفي المبسوط ما حاصله أن ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته إلى أنه جارٍ عليه، ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء. وإذا أمكن إقامة لا الحق مع عدم إيفاء الصدور كان أولى؛ كذا في فتح القدير. وفي التتارخانية قال مشايخنا: ينبغي للقاضي إذا أراد الحكم أن يقول للخصمين أحكم بينكما وهذا على وجه الاحتياط حتى إنه إذا كان في التقليد خلل يصير حكماً بتحكيمهما. وفي البزازية: قضى القاضي بحق ثم أمره أن يسأل القضية ثانياً بمحضر من العلماء لا يفرض ذلك على القاضي اهـ. وفيها: وإن رأى أن يقعد معه أهل الفقة قعدوا ولا يشاورهم عند الخصوم اهـ. فعلى هذا إذا كانت عنده الفقهاء ووقعت الحادثة يخرج الخصوم أو يبعدهم ثم يشاور الفقهاء ولا يسلم ولا يسلم عليه إلا إذا كان الداخل الشاهد فله أن يسلم كما في الخانية، ويصلي ركعتين تحية المسجد ويسند ظهره إلى المحراب والناس بين يديه يقفون مستقبلي القبلة، فإن اعتراه هم أو غضب أو جوع أو حاجة حيوانية كف عنه حتى يزول، ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولا يقضي وهو يدافع أحد الأخبثين، وإن كان شاباً قضى وطره من أهله ثم جلس للقضاء. ولا يسمع من رجل حجتين أو أكثر في مجلس إلا أن يكون الناس قليلاً، ولا يقدم رجلاً جاء غيره قبله، ولا يضرب في المسجد حداً ولا تعزيراً؛ كذا في البزازية. والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه ولو بفرح أو برد شديد أو حر شديد وأصله لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول به. ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس فيه؛ كذا في فتح القدير. وفي الظهيرية: ويخرج في أحسن ثيابه وأعدل أحواله،

أقر به ذو اليد قوله: **(باقراره الثاني)** وهو إقراره بتسليم القاضي إليه. قوله: **(مع عدم أيغار الصدور)** قال في الصحاح: الوغرة شدة توقد الحز ومنه قيل في صدره وغربا بالتسكين أي ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ؛ أبو السعود قوله: **(ثم أمره)** أي السلطان قوله: **(وله أن يتخذ بوابا ليمنع الخصوم من الإزدحام)** قال الرملي: وتقدم قريباً أنه يجلس في أشهر الأماكن والجامع ليس فيه حاجب ولا بواب وهو الأفضل ولكن الذي هنا مخصوص بمنع الخصوم قوله: **(لا يعديه)** قال الرملي: أي لا يحضره من أعداه أي أحضره وتسمى مسألة مسائل العدوى وهو الاسم منه والأعداء مصدره قوله:

....

وله أن يتخذ بواباً ليمنع الخصوم من الإزدحام. ولا يباح للبواب أن يأخذ شيئاً على الإذن في الدخول، وإذا أخذ البواب شيئاً وعلم القاضي به فقضى كان كالقضاء بالرشوة لا ينفذ؛ كذا في شرح أدب القضاء. وإذا جلسوا بين يديه قال أبو يوسف: يقول أيكما المدعي فإذا عرفه يقول له ماذا تدعي. وقال محمد: لا يفعل ذلك. وقول أبي يوسف أرفق دفعاً للمهابة عنهم. وإذا جاء رجل أراد إحضار خصمه الغائب دفع له طينة عليها ختم القاضي مكتوب فيها أجب خصمك إلى مجلس الحكم، فإن كان في المصر أحضره أو قريباً منه، وإن كان بعيداً فالقاضي لا يعديه بمجرد قوله حتى يقيم البينة. والفاصل بينهما أنه إن أمكنه أن يعود إلى أهله في ذلك اليوم فهو قريب وإلا فلا. وقال محمد: يجب على الإمام أن ينصب قضاة على الكور فيما دون مدة السفر احترازاً عن شقة الأعداء وهو إزالة العدوان. ويسقط الأعداء بعذر المرض أو كانت مخدرة، فإن توارى الخصم في بيته ختم القاضي على بيته وجعل بيته عليه سجناً وسد أعلاه وأسفله حتى يضيق عليه الأمر فيخرج. قال الحلواني: وأصحابنا لم يجوزوا الهجوم وصورته أن يبعث القاضي نساء يطلبنه في البيت وأعواناً يأخذون السفل والعلو كيلا يهرب. وهذا هو القياس فعله عمر رضي الله عنه والصالحون من بعده وتركوا فيه القياس. فإن كان المديون يسكن داراً بأجرة وامتنع من الحضور اختلفوا في تسمير الباب، والأصح أنه يسمر. والتسمير الضرب بالمسامير اهـ. فإن كانت الدار مشتركة فسمرها الحاكم لأجل أحد الشركاء للباقي أن يرفعوا الأمر إليه ليرفع المسامير وليس هذا من العدل؛ كذا في التتارخانية. وفيها: للسلطان الختم على باب المديون وإن لم يتوار في بيته تضييقاً عليه حتى يقضي الدين اهـ. فعلى هذا له وضعه في الجاويش في زماننا. وفي البزازية: ويستعين بأعوان الوالي على الإحضار وأجرة الأشخاص في بيت المال، وقيل على المتمرد في المصر من نصف درهم إلى درهم، وفي الخارج لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة وأجرة الموكل على المدعي

(فإن توارى الخصم في بيته ختم القاضي على بابه) قال الرملي بعد أن يكلف القاضي المدعي إلى إقامته البينة أنه في منزله كما صرح به في الخانية والتتارخانية نقلاً عن المحيط، ومحل ذلك أيضاً إذا لم يكن له عذر كما صرح به علماء الشافعية وقواعدنا تقضي به أيضاً فاعلم ذلك ولا تغتر بما يفعله بعض القضاة فإن محل السمر والختم إذا ثبت امتناع الخصم بلا عذر ولو كان عذراً يبيح ترك صلاة الجمعة تأمل قوله: **(وهذا هو القياس)** قال الرملي: اسم الإشارة راجع إلى قوله «وأصحابنا لم يجوزوا الهجوم» تأمل قوله: **(وتركوا الخ)** أي أصحاب نبينا قوله: **(وأجرة الأشخاص في بيت المال)** قال في لسان الحكام وفي القنية: وينبغي أن ينصب إنساناً حتى يقعد الناس بين يدي القاضي ويقيمهم ويقعد الشهود ويقيمهم ويزجر من يسيء الأب ويسمى صاحب المجلس والجلواز أيضاً، وأنه يأخذ من المدعي شيئاً لأنه يعمل له بإقعاد الشهود على الترتيب وغيره لكن لا يأخذ أكثر من درهمين. وللوكلاء

. . . .

وهو الأصح. وفي الذخيرة: إنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعى عليه. وأطلق بعض المشايخ الذهاب إلى باب السلطان والاستعانة بأعوانه أوّلاً لاستيفاء حقه قبل العجز عن الاستيفاء بالقاضي لكنه لا يفتى به إلا إذا عجز القاضي. وإذا ثبت تمرده عن الحضور عاقبه بقدره. وذكر الصدر الشهيد لاختلاف في قبول القاضي القصص من الخصوم والمذهب عندنا أنه لا يأخذها إذا جلس للقضاء وإلا أخذها. ثم ذكر الاختلاف في أن القاضي يؤاخذ بما كتب فيها والمذهب لا إلا إذا أقر بلفظه صريحاً. وفي السراج الوهاج: وينبغي للقاضي أن يتخذ كاتباً صالحاً عفيفاً ويقعده بحيث يراه أهلاً للشهادة لا ذمياً ولا عبداً ولا صبياً ولا ممن لا تجوز شهادته فيكتب الخصومة وبجعلها في قمطره ويجعل لكل شهر قمطراً.

قوله: **(ويرد هدية إلا من قريب أو ممن جرت عادته به)** أي لا يقبل القاضي هدية لما رواه البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة واسمه عبد الله، فلما قدم قال: هذا لكم هذا أهدي إلي. فقال عليه

أن يأخذوا ممن يعملون له من المدعين والمدعى عليهم ولكن لا يأخذوا والكل مجلس أكثر من درهمين. والرجالة يأخذون أجورهم ممن يعملون له وهم المدعون لكنهم يأخذون في المصر نصف درهم إلى درهم وإذا خرجوا إلى الرساتيق لا يأخذون لكل فرسخ أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة؛ هكذا وضعه العلماء الأتقياء الكبار وهي أجور أمثالهم. وأجرة الكاتب على من يكتب له الكتابة، وأجرة النواب على القاضي، وإذا بعث أميناً للتعديل فالجعل على المدعي كالصحيفة. قال مجد الأئمة التركماني: مؤنة الرجالة على المدعي في الابتداء فإذا امتنع فعلى المدعى عليه وكان ذلك استحساناً مال إليه للزجر فإن القياس أن يكون على المدعي في الحالين المزكي يأخذ الأجر من المدعي وكذا المبعوث للتعديل. اهـ كلام القنية اهـ. قوله: **(وإذا ثبت تمرده عن الحضور عاقبه بقدره)** قال الرملي: هذا صريح في أنه لا بد فيه من البرهان فلا يقبل فيه قول المحضر ولا قول عدل واحد ولا النساء الخلص ولا يتصور تمرده إلا بعد الاجتماع مع المشخص كما يفهم جميعه من كلامهم، فلو اختفى لا يثبت تمرده. وفي شرح المختار: ولو امتنع الخصم عن الحضور مجلس القضاء عزره بما يرى من ضرب أو سفح أو حبس أو تعبيس وجه على ما يراه اهـ. وفي البزازية: فإن عرض الطينة وأمتنع الخصم يقول له هل تعرفه أنه القاضي، فإن قال نعم أشهد عليه فإن شهدا عند القاضي عاقبه على ذلك ويستعين بأعوان الوالي على الإحصار اهـ. وفي فتاوى قارىء الهداية: إذا هرب الغريم من الرسول وعجز عنه القول قول الرسول في ذلك ولا ضمان عليه لكن إذا لم يعلم هروبه إلا بقوله يؤدب على التفريط له اهـ. وموضوع السؤال في رجل ثبت عليه حق وخرج من عند القاضي بالترسيم مع رسول ليرضى خصمه بالدفع أو بالسجن قوله: **(ويجعلها في قمطره)** قال الرملي: القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء. قال في القاموس: القمطر كسجل والقمطري والقمطرة بالتشديد شاذ قوله: **(ابن اللتبية)** قال الرملي: بلام مضمومة وحكي فتحها وخطىء وتاء مثناة ساكنة، وحكى المنذري تحريكها.

....

الصلاة والسلام: هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا؟ قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: كانت الهدية على عهد رسول الله ﷺ هدية واليوم رشوة. فتعليله دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ويجب ردها على صاحبها فإن تعذر ردها على مالكها وضعها في بيت المال كاللقطة كما في فتح القدير، فإن كان المهدي يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها؛ كذا في الخلاصة. وفي المضمرات: إذا دخلت الهدية له من الباب خرجت الأمانة من الكوة. وقدمنا عن الأقطع الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما كان معها شرط الإعانة بخلاف الهدية. وفي خزانة المفتين: مال يعطيه ولا يكون معها شرط، والرشوة مال يعطيه بشرط أن يعينه. وذكر الهدية في الكتاب ليس احترازياً إذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية. وإنما يقبل هدية القريب لما فيها من صلة الرحم وردها قطعية وهي حرام. وأطلقه وهو مقيد بالمحرم فخرج ابن العم مثلاً، ومقيد بأن لا تكون له خصومة وإنما يقبل ممن له عادة للعلم بأنها ليست للقضاء وله شرطان: أن لا يكون له خصومة، وأن لا يزيد على العادة فيرد الكل في الأول وما زاد عليها في الثاني. وقيده فخر الإسلام بأن لا يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله لا بأس بقبوله. وظاهر العطف في كلام المصنف يقتضي أنه يقبل من القريب وإن لم تكن له عادة بالإهداء. وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه كالأجنبي لا بد أن يكون له عادة وإلا فلا يقبلها منه إلا أن يكون لفقره ثم أيسر لأن الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر على وزان ما قاله فخر الإسلام في الزيادة. والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقاً، ومن لا خصومة له فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد وإلا فلا. وفي تهذيب القلانسي: ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو من والٍ تولى الأمر منه أو والٍ مقدم الولاية على القضاء اهـ. فعلى هذا له أن يقبلها من السلطان ومن حاكم بلده المسمى الآن بالباشاه، واقتصر في التتارخانية على من ولاه. وفي فتح القدير: وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي اهـ. فظاهره أنه يحرم قبولها على الوالي والمفتي وليس كما قال فقد قال في الخانية: ويجوز للإمام والمفتي قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة لأن ذلك من حقوق المسلم على المسلم وإنما يمنع عنه القاضي اهـ. إلا أن يراد بالإمام إمام الجامع. وفي التتارخانية: من خصوصياته عليه الصلاة

قال ابن دريد: نبولتب بطن من الأزد ويقال الأتية بمهزة مفتوحة وسكون التاء قال: وتحرك ثم قيل إنما اسم أمة عرف بها وكان اسمه عبد الله؛ كذا قاله الزركشي في التنقيح لألفاظ الجامع الصحيح.

قوله: **(وكل من عمل للمسلمين عملا الخ)** قال في النهر: الظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة من الإمام أو نائبه كالساعي والعاشر اهـ. وبه يندفع مخالفته لما في الخانية بالنسبة إلى المفتي تأمل قوله: **(وفي التتارخانية من خصوصياته عليه السلام إن هداياه له)** ذكر الخصوصية يفيد أنه ليس لإمام غيره

....

والسلام أن هداياه له. وفيها: ضم الواعظ إلى المفتي معللاً بأنه إنما يهدي إلى العالم لعلمه بخلاف القاضي. وأشار المصنف إلى أن القاضي لا يبيع ولا يشتري في مجلس القضاء وغيره وهو الصحيح لأن الناس يساهلونه لأجل القضاء؛ كذا في الخانية. هذا إذا كان يكفي المؤنة من بيت المال أو يعامل من يحابيه وإلا لا يكره، ولو باع مال المديون أو الميت لا يكره؛ كذا في البزازية. وفي فتح القدير: ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اهـ. وهو سهو والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطاً مطلقاً.

قوله: **(ودعوة خاصة)** أي يردها فلا يحضرها لأنها جعلت لأجله. أطلقه فشمل ما إذا كان الداعي لها القريب. وذكر الطحاوي أن هذا قولهما. وقال محمد: يجيبها. وذكر الخصاف أنه يجيبها بلا خلاف واختاره المؤلف في الكافي. وإنما ترك التقييد به في المختصر اعتماداً على ما استثناه في الهدية فالأحسن أن يقال: ولا يقبل هدية ودعوى خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة فإن للقاضي أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهدية، فلو كان من عادته الدعوة له كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه.، ولو اتخذ له طعاماً أكثر من الأول لا يجيبه إلا أن يكون ماله قد زاد؛ كذا في التتارخانية. قيد بالخاصة احترازا عن العامة فإن له أن يحضرها بشرط أن لا يكون لصاحبها خصومة. واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة. واختار في الهداية أن الخاصة هي ما لو علم صاحبها أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها، والعامة هي التي يتخذها وإن لم يحضرها. وحكي عن أبي علي النسفي أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة. وفي فتح القدير: عندي أنه حسن لأن الغالب أن العامة هاتان وربما مضى عمر ولم نعرف من اصطنع طعاماً عاماً ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا هاتين الخصلتين أو بخصوص من الناس أو لكونه أضبط فإن معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا وتكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي اهـ. وعندي أنه ليس بحسن لأن العامة عرفاً لا تنحصر في هاتين لأن العقيقة كذلك، وكذا طعام القدوم من سفر الحج، وفي زماننا يصنع طعام عام في العيدين فالمعتمد ما في الهداية. وفي السراج الوهاج أنه أصح ما قيل في تفسيرها اهـ. واختاره شمس الأئمة السرخسي كما في المعراج. وفي الخلاصة: وهو الصحيح وجزم به قاضيخان في فتاواه بقوله: وإنما يعرف الخاص من العام إلى آخره. ولم

صلى الله تعالى عليه وسلم قبولها وإلا انتفت الخصوصية تأمل، ثم رأيته في النهر بحث كذلك وهذا

ويعود المريض وليسو بينهما جلوساً وليتق عن مسارة أحدهما وإشارته وتلقين حجته وضيافته

يحك غيره فما قاله النسفي ليس بضابط فضلاً عن كونه أضبط وكونها لا يعملها إلا لأجل القاضي ليس يخفى، وبعضه يعلم بالتصريح وبعضه يعلم بالقرائن كالصريح.

قوله: **(ويشهد الجنازة ويعود المريض)** لأن هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث «للمسلم على المسلم ست حقوق: إذا دعاه يجيبه، وإذا مرض يعوده، وإذا مات يحضره، وإذا لقيه يسلم عليه، وإذا استنصحه ينصحه، وإذا عطس يشمته»[1] كذا في النهاية وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وإنما يعوده بشرط أن لا خصومة له وإلا فلا قوله: **(وليسو بينهما جلوساً)** أي يجب على القاضي التسوية بين الخصمين في الجلوس للحديث «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والنظر والإشارة ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر» رواه اسحق بن راهوية. وبمثله رواه الدارقطني. ولأن في عدم التسوية مكسرة لقلب الآخر فيجلسهما بين يديه ولا يجلس واحداً عن يمينه والآخر عن يساره لأن لليمين فضلاً. أطلق في التسوية بينهما فشمل الشريف والوضيع والأب والابن والصغير والكبير والحر والعبد والسلطان وغيره ولذا قال في النوازل والفتاوي الكبرى: خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما اهـ. وهذا دليل على أن القاضي يقضي على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي رضي الله عنه. وشمل المسلم والذمي فيسوي بينهما كما في فتاوى قارئ الهداية. وقيد بالجلوس لأنه لا يجب عليه التسوية بينهما بالقلب وإن كان أفضل فقد حكى في الولواجية أن أبا يوسف وقت موته قال: اللهم إنك تعلم أني لم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا في خصومة نصراني مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى. ومما حكي عن أبي يوسف أن خادماً من أكبر خدام الخليفة جاء مع خصمه للدعوى فترافع على خصمه فأمره أبو يوسف بالمساواة فلم يمتثل فقال القفا يا غلام ائتني بعمر والنخاس يبيع هذا الخادم وأرسل ثمنه إلى أمير المؤمنين فاستوى وانقضت الدعوى فذهب الخادم إلى الخليفة وقص عليه ما جرى وبكى بكاء شديداً فقال له: لو باعك لأجزت بيعه ولم أردك إلى ملكي رحمه الله تعالى. وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيماً

يؤكد حمل الأمام في كلام الخانية على إمام الجامع. قوله: **(وعندي إنه ليس بحسن الخ)** قال في النهر: وأنت خبير بأن هذا يعد أن أدعى أن الغالب كون الدعوة العامة هاتين غير وارد.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأدب باب ١٢٥. مسلم في كتاب الزهد حديث ٥٤. أبو داود في كتاب الأدب باب ١، ٤. النسائي في كتاب الجنائز باب ١. أحمد في مسنده (١/ ٨٩) (٢/ ٦٨، ٣٢١).

والمزاح وتلقين الشاهد.

للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له. ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما. وتقف أعوان القاضي بين يديه فيكون أهيب. وقدمنا الخلاف بين الشيخين في ابتداء القاضي لهما بالسؤال وفي فتح القدير هنا، والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود ولا يتعجل على الخصوم ولا يخوفهم. وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس عن التقدم إليه معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي.

قوله: **(وليتق عن مسارة أحدهما وإشارته وتلقين حجته وضيافته)** أي وليجتنب عن هذه الأشياء لأن فيها تهمة ومكسرة لقلب الآخر والمسارة من ساره في أذنه وتساروا تناجوا؛ كذا في القاموس. والمعنى أنه يجتنب الكلام معه خفية. قيد بما ذكر لأنه لا يلزمه اجتناب ميل قلبه إلى أحدهما لأنه ليس في وسعه كالقسم. وفي الولوالجية: ولا ينبغي للذي يقوم بين يدي القاضي أن يسار أحداً من الخصمين في مجلس الحكم لأنه نائب القاضي اهـ. وأما منعه من ضيافة أحدهما فما رواه الحسن فقال: جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما فرغ قال: أني أريد أن أخاصم. قال له: تحول فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه، قيد بضيافة أحدهما لأن له أن يضيفهما معاً لما رويناه قوله: **(والمزاح)** أي وليتق المزاح في المصباح: مزح مزحاً من باب نفع ومزاحة بالفتح، والاسم المزاح بالضم وهو الدعابة، والمزاحة المرة ومازحت مزاحاً من باب قاتل قتالاً اهـ. وفي الصحاح: الدعابة بالضم المزاح من دعب لعب اهـ. فعلى هذا المزاح اللعب. وأشار إلى أنه لا يضحك في وجه أحدهما فلا يقوم له إذا قدم بالأولى فلو قال المصنف «والمزح» لكان أولى لأنه يجتنب المزح سواء مازحه أحد أو لا، وسواء كان مع أحد الخصمين أو مع غيرهما. ومراده إذا كان في مجلس الحكم، وأما في غيره فلا يكثر منه لأنه يذهب بالمهابة قوله: **(وتلقين الشاهد)** أي يجتنبه لأن فيه إعانة لأحدهما على الآخر. أطلقه فشمل ما إذا كان في موضع تهمة أو لا، واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمه لأنه قد يقول أعلم مكان أشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده رجع إليه بعدما تولى القضاء، والعزيمة فيما قالا لأنه لا يخلو عن نوع تهمة. وفي فتح القدير: وظاهر الجواب ترجيح ما عن أبي يوسف. وفي القنية من باب المفتي: والفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته، وكذا في البزازية من القضاء والتلقين أن يقول له القاضي كلاماً يستفيد به علماً. وذكر الصدر أن منه أن يقول له كيف تشهد وإنما يقول له بم تشهد. وأما إفتاء القاضي فالصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره لكن لا يفتي أحد الخصمين؛ كذا في خزانة الفتاوى. وفي الملتقط: فأما اليوم فقد ظهرت المذاهب إلا إذا كانت مسألة لا يعرف جوابها في مذهب القاضي اهـ. قيد بالشاهد لبيان أنه لا يلقن

فصل

وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فإن أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر

المدعي بالأولى. وفي الخانية: ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصاً على قول أبي يوسف.

فصل في الحبس

قدمنا أنه مما يملكه القاضي على الممتنع عن إيفاء الحق وتعزيراً فكان من عمله فذكره فيه. وهو في اللغة المنع وهو مصدر حبسه من باب ضرب ثم أطلق على الموضع وجمع على حبوس مثل فلس وفلوس؛ كذا في المصباح. ودليله الكتاب ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] والمراد منه الحبس والسنة حبسه عليه الصلاة والسلام رجلاً بالتهمة. والإجماع عليه وكان في المسجد إلى زمن علي رضي الله عنه فبنى سجناً وهو أول من بناه في الإسلام وسماه نافعاً ولم يكن حصيناً لكونه من قصب فانفلت الناس منه فبنى آخر وسماه مخيساً وكان من مدر وفي ذلك يقول علي:

ألا تراني كيساً مكيساً بنيت بعد نافع مخيسا
باباً حصيناً وأميناً كيسا

وفي وراية حصناً حصيناً وفي رواية «بدلت» بدل «بنيت»، وفي رواية «باباً شديداً» وفي رواية «وأميراً» بدل «أميناً». والمخيس بالخاء المعجمة والتاء المثناة الفوقية موضع التخييس بيائين وهو التذليل وروي بكسر الياى لأنه يذلل من وقع فيه. والكيس حسن التأني في الأمور، والكيس المنسوب إلى الكيس المعروف به. وأميناً أراد ونصبت أميناً يعني السجان كقوله متقلداً سيفاً ورمحاً؛ كذا في الفائق. وصفة الحبس أن يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يمكن أحد يدخل عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه، ولا يمكثون ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل. وفي الخلاصة: يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا يخرج وعليه الفتوى اهـ. وتعقبه في فتح القدير بأن محمداً نص على خلافه، وقد يدفع بأن نص محمد في المديون أصالة والكلام في الكفيل. ولا لمجيء رمضان والعيدين ليضجر قلبه ويوفي. ولا لموت قريبه إلا إذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج لقرابة الولاد، وإن مرض مرضاً أضناه فإن وجد من

فصل في الحبس

قوله: **(والتاء المثناة الفوقية)** صوابه التحتية كما في القاموس والرملي على المنح وقد تبعه على ما

المعجل وما التزمه بالكفالة لا في غيره إن ادعى الفقر إلا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى

يخدمه لا يخرج وإلا أخرج بكفيل وإلا لا يطلقه وحضرة الخصم ليست شرطاً. ولا يخرج للمعالجة لإمكانها في السجن، ولا يمنع من الجماع إن احتاج إليه فتدخل امرأته أو جاريته عليه إن كان فيه موضع سترة. واختلفوا في منعه من الكسب والأصح المنع؛ كذا في الخلاصة. ولا يضرب المديون ولا يقيد ولا يغل ولا يجرد ولا يؤاجر ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة. وفي المنتقى: إذا خاف فراره قيده؛ كذا في البزازية. وفيها: إذا خيف أنه يفر من السجن يحول إلى سجن اللصوص. وإذا جلس المحبوس في السجن متعنتاً لا يوفي المال قال الإمام الأرسانيدي: يطين الباب ويترك له ثقبة يلقي منها الماء والخبز. وقال القاضي: الرأي فيه إلى القاضي اهـ. وفي الخانية: إذا كان للمحبوس ديون على الناس فإن القاضي يخرجه ليخاصم ثم يحبس اهـ. وصرحوا في كتاب الظهار أنه إذا امتنع من التكفير مع قدرته يضرب، وصرحوا في كتاب النفقات أنه لو امتنع من الإنفاق على قريبه يضرب بخلاف سائر الديون اهـ. وعن أبي يوسف أن القاضي يؤجره لقضاء دينه وعليه حمل ما في الحديث من أنه باع حراً في دينه أي أجره. وتعيين مكان الحبس للقاضي إلا إذا طلب المدعي مكاناً آخر لما في القنية: ادعى على بنته مالاً وأمر القاضي بحبسها فطلب الأب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضي إلى ذلك، وكذا في كل مدعٍ مع المدعى عليه اهـ. وفي المحيط: ويجعل للنساء سجن على حدة نفياً لوقوع الفتنة.

قوله: **(وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فإن أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة)** لأنه جزاء الظلم وقد صار ظالماً بمنعه. أطلقه وقيده في الهداية بالقاضي فظاهره أن المحكم لا يحبس ولم أره الآن صريحاً. أطلق الثبوت فشمل ما إذا كان ببينة أو بإقرار، وفرق بينهما في الهداية بأنه إذا ثبت بالبينة عجل حبسه لظهور المطل بإنكاره وإلا لم يعجل، فإذا امتنع حبسه وهو المذهب عندنا، وعكسه شمس الأئمة السرخسي

هنا في النهر والمنح قوله: **(ولا وطاء)** قال في المصباح: الوطاء وزان كتاب المهاد الوطيء وقد وطؤ الفراش بالضم فهو وطيء مثل قرب فهو قريب اهـ. وقال في مختار الصحاح: والمهاد الفراش ومهد الفراش بسطه ووطأه وبابه قطع قوله: **(وقد يدفع بأن نص محمد الخ)** قال في النهر: هذا سهو وذلك أنه نقل في الخلاصة يخرج بالكفيل فسقطت الباء في نسخته اهـ. وذكر نحوه الرملي ثم قال: والعجب أن البزازي وقع في ذلك فقال: وذكر القاضي أن الكفيل يخرج لجنازة الوالدين الخ والذي في فتاوى القاضي يخرج بالكفيل قوله: **(فظاهره أن المحكم لا يحبس)** كذا قال في النهر أيضاً. وفي حاشية أبي السعود عن الحموي: صرح صدر الشريعة بأن المحكم يحبس قوله: **(وهو المذهب عندنا)** كذا قاله في شرح أدب القضاء أيضاً وذكر أن التسوية بينهما في أنه لا يحبسه في أول وهله قوله: **(وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف)** والأحسن إطلاق الكتاب من الأمر بالإيفاء مطلقاً فلا يعجل

....

لأنه إذا ثبت بالبينة ربما تعلل بأنه لم يعلم به إلا الآن. وقد فرق الحلواني بين ما ثبت بالبينة فيخبره القاضي أنه يريد القضاء ويقول ألك مخرج، وبين ما ثبت بالإقرار فلا يعلمه، وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف. والأحسن إطلاق الكتاب من الأمر بالإيفاء مطلقاً فلا يعجل بحبسه. وذكر الشارح أن الصواب أنه لا يحبسه حتى يسأله فإن أقر أن له مالاً أمره بالدفع، فإن أبى حبسه وإلا سأل المدعي عن البينة أن له مالاً، فإن برهن أمره بالدفع، فإن أبى حبسه، وإن عجز واختلفا فالقول للمدعي في الأشياء الأربعة وللمدعى عليه في غيرها اهـ. ونقله في البناية عن الخصاف وهو خلاف المذهب ولكن يسأل المدعي عن ماله إذا طلب المديون إجماعاً؛ كذا في شرح الصدر. أطلق الحق فشمل القليل والكثير ولو دانقاً وهو سدس درهم، ولو قال حبسه بطلب المدعي لكان أولى كما ذكره قاضيخان. وقال شريح: يحبسه من غير طلبه؛ كذا في البناية. ولو قال المديون أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي ثلاثة ولا يحبسه، ولو له عقار يحبسه ليبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل وإن وجد المديون من يقرضه ليقضي به دينه فلم يفعل فهو ظالم؛ كذا في البزازية. وفي كراهية القنية: ولو كان للمديون حرفة تفضي إلى قضاء دينه فامتنع منها لا يعذر اهـ. وأطلق الثمن فشمل الأجرة الواجبة لأنها ثمن المنافع، وشمل ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما بإقالة أو خيار، وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة وما إذا قبض المشتري المبيع أو لا، ولا شك في دخول الأجرة تحت قولهم أو التزمه بعقد إن لم تجعل ثمن المنافع ويتفاوت الحال، فإن دخلت تحت ما كان بدل مال حبسه عليها على فتوى قاضيخان أيضاً وإلا لم يحبس عليها على ما أفتى به، ولم أر من صرح بها لكن لم يذكر المؤلف حبسه على العين المغصوبة هنا، وذكره في كتاب الغصب بنفي الأمانات إذا امتنع الأمين من دفعها غير مدع لهلاكها فإنه يحبس عليها وصارت مغصوبة، وما في تهذيب القلانسي وهو إذا ثبت الحق بإقرار أو بحكم بنكوله أو ببينة فمطل المطلوب عن تسليمه وطلب الطالب حبسه أمره بحبسه في كل عين يقدر على تسليمها وفي كل دين لزمه بدلاً عن مال كثمن المبيع وبدل القرض والمغصوب ونحوه أو بالتزامه بعقد كالمهر والكفالة اهـ. أولى كما لا يخفى ولشموله الحكم بالنكول بخلاف من قيد ثبوت الحق بالبينة أو الإقرار. وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والأصيل معاً الكفيل بما التزمه والأصيل بما لزمه بدلاً عن مال، وللكفيل بالأمر حبس الأصيل إذا حبس؛ كذا في المحيط. وفي

بحبسه، وذكر الشارح أن الصواب أنه لا يحبسه؛ كذا في بعض النسخ وفي بعضها «وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف أنه لا يحبسه وعليها كتب الرملي مستشكلاً لها وقد علمت ما فيها من السقط». قوله: **(ولكن يسأل المدعي عن ماله الخ)** قال الرملي: يعني أن يسأل المديون من القاضي أن يسأل صاحب الدين أله مال سأله القاضي بالإجماع اهـ قلت: وسيأتي في أثناء القولة الآتية لو قال

....

البزازية: يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اهـ. وإلى تعدد حبسه لتعدد الطالب فلو حبس بدين ثم جاء آخر وادعى الدين عليه أخرجه من الحبس وجمع بينه وبين المدعي، فإن برهن على دعواه كتب اسمه واسم الأول، ثم إن برهن آخر كتب اسمه أيضاً وحبسه للكل ويكتب التاريخ أيضاً؛ كذا في البزازية. وأطلقه فأفاد أن المسلم يحبس بدين الذمي والمستأمن وعكسه. وفي البزازية: لهما على رجل دين لأحدهما أقل وللآخر الأكثر لصاحب الأقل حبسه وليس لصاحب الكثير إطلاقه بلا رضاه، وإن أراد أحدهما إطلاقه بعد ما رضيا بحبسه ليس له ذلك. وفي القنية: حبس لصاحب الدين الأقل فلصاحب الدين الأكثر إطلاقه ليكتسب ويؤدي له اهـ. وإلى أنه لا يحبس مع المديون أحد غير كفيله فإذا لزم حبس المرأة لا يحبسها مع الزوج وتحبس في بيت الزوج؛ كذا في البزازية. فإذا حبست المرأة زوجها لا تحبس معه؛ كذا في الخلاصة. وفي مآل الفتاوى: إذا خيف عليها الفساد اختار المتأخرون حبسها معه اهـ. وفي خزانة الفتاوى: استحسن بعض المتأخرين أن تحبس معه إذا كان مخوفاً عليها اهـ. وفي البزازية: واستحسن بعض المتأخرين أن تحبس المرأة إذا حبس الزوج وكان قاضي شاه لا مش يحبسها معه صيانة لها عن الفجور اهـ. وقيد المهر بالمعجل لأنه لا يحبس في المؤجل ويصدق في الإعسار وعليه الفتوى، وفي الأصل لا يصدق في الصداق بلا فصل بين مؤجله ومعجله؛ كذا في البزازية. ثم اعلم أن قاضيخان في الفتاوى رجح الاقتصار على الأول فقال وقال بعضهم: وإن كان الدين واجباً بدلاً عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعي اليسار مروي ذلك عن أبي حنيفة وعليه الفتوى لأن قدرته كانت ثابتة في المبدل فلا يقبل قوله في زوال تلك القدرة، وإن لم يكن الدين بدلاً عما هو مال فالقول للمديون. وقال بعضهم: ما وجب بعقده لم يقبل قوله وإن لم يكن بدلاً عما هو مال اهـ. فقد علمت أن الفتوى على الأول وهو أنه لا يحبس إلا فيما كان بدلاً عن مال فلا يحبس في المهر والكفالة على المفتى به وهو خلاف مختار المصنف تبعاً لصاحب

المديون حلفه أنه ما يعلم أني معسر يجيبه الخ **(كثمن المبيع وبدل القرض)** مثال لقوله في كل دين لزمه بدلاً عن مال وقوله«والمغصوب» مثال لقوله: «في كل عين الخ» فالمراد عين المغصوب لا بدله.

قوله: **(ثم أعلم أن قاضيخان في الفتاوى رجح الاقتصار على الأول الخ)** قال الرملي قال الطرسوسي في أنفع الوسائل قال القاضي فخر الدين: الفتوى على أنه إن كان الدين وجب بدلاً عما هو مال فالقول قول مدعي اليسار، وإن كان وجب بدلاً عما ليس بمال، فإن وجب بعقد باشره باختياره فكذلك لوجود دليل اليسار وهو المبادلة، والتزامه الدين باختياره وإلا فالقول قول مدعي الإعسار لإنعدام دليل اليسار اهـ. وفي النهر: ما جرى عليه المصنف تبعاً للقدوري قال الإمام قاضيخان: إن عليه الفتوى؛ كذا في أنفع الوسائل معزياً إلى الفتاوى الكبرى للخاصي. من فتاواه وإنما الذي فيها أن كل ما هو بدل كثمن المبيع وبدل القرض لا يقبل قوله ويقبل قوله فيما عداه وعليه الفتوى اهـ.

....

الهداية. وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل أنه المذهب المفتى به فقد اختلف الإفتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل مال والعمل على ما في المتون لأنه إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون كما في أنفع الوسائل. وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى وقيل: القول المديون في الكل، وقيل للدائن في الكل، وقيل يحكم الزي إلا في الفقهاء والعلوية. والزي كما في القاموس بالكسر الهيئة والجمع أزياء اهـ. وصححه الكرابيسي في الفروق. وفي المحيط: إنه ظاهر الرواية. وبه علم أن ما في المختصر خلاف ظاهر الرواية والمفتى به. وأطلق المديون فشمل المكاتب والعبد المأذون والصبي المحجور فإنهم يحبسون لكن الصبي لا يحبس بدين الاستهلاك بل يحبس والده أو وصية، فإن لم يكونا أمر القاضي رجلاً يبيع ماله في دينه، كذا في البزازية قوله: **(لا في غيره إن ادعى الفقر إلا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى)** أي لا يحبسه في غير ما ذكرنا مما كان بدلاً عن مال أو ملتزماً بعقد إن ادعى أنه معسر لأن الأصل في الآدمي العسرة والمدعي يدعي أمراً عارضاً وهو الغناء فلم يقبل منه إلا ببينة. ويدخل تحت الغير تسع صور: بدل الخلع، وبدل عتق نصيب الشريك، وبدل المغصوب، ونفقة الزوجات، ونفقة الأقارب. وأروش الجنايات، وبدل دم العمد وما تأخر من المهر بعد الدخول، وبدل المتلفات. وذكر الطرسوسي: وأعطا

وهذا اختيار البلخي قوله: **(وذكر الطرسوسي أنه المذهب)** حيث قال: فتحرر لنا من هذه النقول كلها أن المذهب المفتى به أن يقول فيما لزم المديون ببدل هو مال أو بعقد وقع باختياره قول المدعي لا قول المديون اهـ. قوله: **(وبه علم أن ما في المختصر خلاف ظاهر الرواية والمفتى به)** قال الرملي: أما كونه خلاف ظاهر الرواية فلما في المحيط، وأما كونه خلاف المفتي به فلما في قاضيخان مع أن قاضيخان قال الفتوى على أن ما وجب بعقد باشره باختياره القول قول مدعي اليسار تأمل. ما في المختصر عليه أصحاب المتون، وذكر الطرسوسي أنه المذهب المفتى به فلقائل أن يقول ليس على خلاف المفتي به فتأمل قوله: **(وبدل المغصوب)** أي لا عينه فلا يخالف ما مر عن القلانسي. وفي المنح عن أنفع الوسائل جعل ذلك في الإقرار بالغصب أي لا في المثبت بالبرهان ونصه: وفي أنفع الوسائل قوله: «وبدل المغصوب» معناه إذا اعترف بالغصب وقال إنه فقير وقال المغصوب منه موسر وتصادقا على الهلاك أو حبس لأجل العلم بالهلاك كان القول الغاصب في العسرة لا قول المغصوب منه؛ هكذا ذكره العتابي وتاج الشريعة وحميد الدين الضرير فيما نقلناه عنهم اهـ. قوله: **(وذكر الطرسوسي الخ)** أعلم أن الطرسوسي نقل عن عدة كتب أن القول للمدعي فيما كان بدل مال لا في غيره كالمهر وبدل الخلع. ونقل عن عده كتب أخر أن القول للمدعي فيما كان بدل مال أو التزمه بعقد كالمهر وبدل الكفالة. وعن بعض الكتب القول للمدعي فيما التزمه بعقد باشره لا بما لزمه حكماً بدون مباشرة عقد قال: وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلاً عن مال أو غيره قلت: وأنت خبير بأن الإلتزام بعقد يشمل قولهم ما كان بدل مال فيكون قولهم «والتزمه بعقد» من عطف العام

....

صاحب المختار في نقل الحكم في الخلع فإنه جعله مع ثمن المتاع والقرض وقال القول قول رب الدين ولا يلتفت إلى ما قاله المديون وهو المرأة أو الأجنبي اهـ. وقد يقال إن بدل الخلع مما التزم بعقد فإن الخلع بمال عقد بإيجاب وقبول ويشكل يدل الصلح عن دم العمد فإنهم جعلوا فيه القول قول المديون مع أنه التزمه بعقد، وكذا يشكل مؤجل المهر فإنه التزمه بعقد وهو نظير الكفالة بالدرك فإن مقتضى إطلاقهم الكفالة وما التزمه بعقد أن لا يقبل قوله فيها، ومقتضى تقييد المهر بالمعجل قبول قوله لأنها كالمهر المؤجل لأنها لا تلزمه إلا بعد استحقاق المبيع. وذكر الطرسوسي: فإن ادعى المديون أنه لزمه عما ليس بمال وادعى الدائن أنه ثمن متاع لم يذكرها الأصحاب، وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون إلا أن يقيم رب الدين البينة اهـ. وفي نفقات البزازية: وإن لم يكن لها بينة على يساره وطلبت من القاضي أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسناً، فإن سأل فأخبره عدلان بيساره ثبت اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالإخبار، وإن قالا سمعنا إنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي اهـ. ولو قال المديون حلفه أنه ما يعلم أني معسر يجيبه القاضي إلى ذلك ويحلفه أنه ما يعلم إعساره، فإن حلف حبسه بطلبه وإن نكل لا يحبسه؛ كذا في البزازية معزياً إلى الحلواني. والمراد بقوله غناه قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل فإن علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه، فإن حبس غريمه الموسر لا يحبسه؛ كذا في البزازية. وقياس الأولى أنه لو كان له مال غائب لا يحبسه وقوله بما رأى أي لا تقدير لمدة حبسه وإنما هو مفوض إلى رأي القاضي لأنه للضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة، وقدره في كتاب الكفالة بشهرين أو ثلاثة،

على الخاص. ثم لا يخفى أن ذكرهم المهر مع بدل الخلع يشعر باتحاد حكمهما على اختلاف القولين؛ فمن قال إن ما ليس بدل مال كالمهر يصدق فيه يلزمه أن يقول إن الخلع كذلك لأنه لا فرق بينهما فإن كلاً منهما لزمه بعقد باشره والعلة تشملهما، فإن هذا القائل يقول ما قبضه من المبيع والقرض دليل يساره بخلاف ما التزمه بالعقد. ومن قال أن ما التزامه بالعقد كذلك يقول إن إقدامه على العقد دليل قدرته فاعتبر هذا القائل الإقدام على العقد دليلاً للقدرة، ولا شك أن الخلع كذلك ولذا فصل بين المهر المعجل والمؤجل فإن المؤجل لا يعتبر دليلاً على القدرة لعدم التزام دفعه حالاً بخلاف المعجل، نعم يبقى الإشكال في بدل الصلح عن دم العمد فإنه ملتزم بعقد ولم يجعلوه دليل القدرة، ويمكن الجواب بأنه التزامه إحياء لنفسه ليدفع عنها القصاص فيكون بمنزلة المكره على ذلك العقد فلا يلزم منه قدرته على ما التزمه به قوله: **(قال في المحيط أن شاء سأل عنه الخ)** ومثله ما في شرح أدب القضاء وهذا معنى قول محمد بعد ذكر التقدير هذا إذا أشكل على أمره أفقير أم غني، أما إذا لم يشكل أمره سألت عنه عاجلاً يعني إذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الإفلاس وأخلي سبيله اهـ. قوله: **(وإن كان وقحاً)** سيأتي تفسير الوقاحة قبيل قوله «وبينة اليسار أحق»

ثم يسأل عنه فإن لم يظهر له مال خلاه ولم يحل بينه وبين غرمائه ورد البينة على إفلاسه قبل

وفي رواية الحسن بأربعة، وفي رواية الطحاوي بنصف الحول، والصحيح ما ذكره المصنف كما في البزازية، فلو رأى القاضي إطلاقه بعد يوم فظاهر كلامهم أن له ذلك. قال في المحيط: إن شاء يسأل عنه قبل مضي شهر اهـ. وذكر الصدر الشهيد: إن كان الرجل ليناً أو صاحب عيال وشكى عياله إلى القاضي حبسه شهراً ثم سأل عنه، وإن كان وقحاً حبسه ستة أشهر ثم سأل عنه، وهذا إذا كان حاله مشكلاً عند القاضي وإلا عمل بما ظهر له.

قوله: **(ثم يسأل عنه)** أي يسأل القاضي عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه، فإن قامت بينة على إعساره أطلقه ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة وشرطه في الصغرى. والعدل الواحد يكفي والاثنان أحوط، وكيفيته أن يقول المخبر أن حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحالته ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية ولا يشترط لسماعها حضور رب الدين فإن كان غائباً سمعها وأطلقه بكفيل؛ كذا في البزازية. قال الطرسوسي: والمستور كالعدل، وأما الفاسق فلا يقبل خبره، وتعقب الزيلعي في ذكر العدالة وأنه من كلامه لا أنه نقل المذهب ا هـ. وفيه نظر لقوله في الخلاصة والبزازية: وإنما يسأل من الثقات ا هـ. وهم العدول فليس ذكرها من كلامه. ثم اعلم أن قولهم إن الواحد يكفي مقيد بما إذا لم يكن الحال حال منازعة، أما إذا كان حال منازعة بأن ادعى المطلوب أنه معسر وادعى الطالب أنه موسر فلا بد من إقامة البينة؛ كذا في السراج الوهاج معزياً إلى النهاية. وظاهر إطلاق المصنف أن الحبس أولاً ثم السؤال في حق كل أحد ولكن في البزازية: إن كان أمر المديون ظاهراً عند الناس فالقاضي يقبل بينة الاعسار ويخليه قبل المدة التي يذكرها، وإن كان أمره مشكلاً هل يقبل البينة قبل الحبس؟ فيه روايتان ا هـ. وفي الملتقط قال أبو حنيفة: لا أسأل عن المعسر وأحبسه شهرين أو ثلاثة ثم أسأل عنه إلا إذا كان معروفاً بالعسرة فلا أحبسه ا هـ. وفيه أيضاً: ولو معسراً عليه دين وله على موسر دين يعلم به القاضي يحبس المعسر حتى يطالب الموسر، فإذا طالبه وحبس الموسر أطلق المعسر ا هـ. وفي البزازية: ولو للمحبوس

قوله: **(قال الطرسوسي والمستور كالعدل)** أقول: نص عبارته بعد تعقبه كلام الزيلعي الآتي: والأحسن عندي أن يقال إن كان رأي القاضي موافقاً لقول هذا الواحد المستور في العسرة يقبله وإن لم يكن موافقاً بمعنى أن القاضي لا رأي له في هذا الوقت في حال هذا المحبوس لا من جهة العسرة ولا اليسرة فيشترط أن يكون المخبر بالعسرة عدلاً كما قالوا في الإخبار بالعزل عن الوكالة فإنه بالإجماع إذا أخبر الوكيل فاسق العزل وصدقه الوكيل فيما أخبره به من العزل أنه يعزل قوله: **(فليس ذكرها من كلامه)** قلت: بل قد رأيت التصريح بالعدالة في منية المفتي التي هي تلخيص الفتاوى الكبرى للخاصي والسراجية قوله: **(هل يقبل البينة قبل الحبس فيه روايتان)** قال في شرح أدب القضاء في إحدى الروايتين تقبل وبه كان الشيخ الإمام أبو محمد بن الفضل رحمه الله وكان يقول: له

....

مال في بلد آخر يطلقه بكفيل وإن علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فإن حبس غريمه الموسر لا يحبسه ا هـ. وظاهر كلامهم أن القاضي لا يحبس المديون إذا علم أن له مالاً غائباً أو محبوساً موسراً وأنه يطلقه إذا علم بأحدهما قوله: **(فإن لم يظهر له مال خلاه)** أي أطلقه من الحبس لأن عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة إلى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلماً، وظاهره أنه يطلقه بلا كفيل ـ قلت ـ إلا في مال اليتيم لما في البزازية: ولو للميت على رجل دين وله ورثة صغار وكبار لا يطلقه من الحبس قبل الاستيثاق بكفيل للصغار ا هـ. وقدمنا أنه يطلقه بكفيل إذا كان رب الدين غائباً، وينبغي أن يكون مال الوقف كمال اليتيم فلا يطلقه القاضي إلا بكفيل فهي ثلاثة مواضع مستثناة. والكلام في إطلاقه جبراً على رب الدين، فلو أطلقه رب الدين من غير بينة على إفلاسه ورضي المحبوس جاز ولا يتوقف على حضور القاضي ـ كما في البزازية ـ إلا في مال اليتيم فلا يطلقه الوصي. وفي وصايا القنية: حبس الوصي غريماً بدين الصبي ليس له أن يطلقه قبل قضائه إذا كان موسراً؛ وإن رأى أن يأخذ منه كفيلاً أو يطلقه فله ذلك. ثم رقم آخر: إذا كان معسراً جاز إطلاقه ا هـ. فتحرر أن المعسر يجوز إطلاقه اتفاقاً وفي الموسر خلاف. وقيدنا برضا المحبوس لما في القنية: المحبوس بالدين أقام البينة على إفلاسه فأراد رب الدين أن يطلقه قبل القضاء بإفلاسه وأبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بإفلاسه يجب على القاضي القضاء به حتى لا يعيده رب الدين ثانياً قبل ظهور غناه ا هـ. وإذا أطلقه بلا بينة فله إعادته إلى الحبس كما في أنفع الوسائل. وأشار بقوله «خلاه» إلى أنه لا يحبسه مرة أخرى للأول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه لما في البزازية: أطلق القاضي المحبوس لإفلاسه ثم ادعى عليه آخر مالاً وادعى أنه موسر لا يحبسه حتى يعلم يسره ا هـ. وظهور عدم مال له بالشهادة بأنه لا مال له. وقال

رواية في كتاب الكفالة، وفي رواية لا تقبل نص عليه صاحب الكتاب في آخر الباب وبه كان يفتي عامة المشايخ وهو الصحيح، فإن أحضر المدعى عليه بينة بعد الحبس قبل هذا الوقت الذي ذكرنا بالعدم فشهدوا عند القاضي بذلك قال صاحب الكتاب: قبل القاضي ذلك وأخرجه عن الحبس وفلسه اهـ. وتمامه فيه قوله: **(وفي البزازية ولو للمحبوس مال في بلد الخ)** مكرر مع ما قدمه في المقولة قبل هذه قوله: **(إذا علم أن له مالاً غائباً أو محبوساً موسرا)** قال الرملي: الضمير في «له» راجع للمديون «وموسراً» نعت لمحبوساً والمعنى أن المديون المعسر إذا كان له مال غائب أو كان له محبوس بدين ومحبوسه موسر لا يحبسه القاضي تأمل قوله: **(وإذا أطلقه بلا بينة فله إعادته إلى الحبس كما في أنفع الوسائل)** قال في النهر: لم أجده فيه ويجب حمله على ما إذا وقعت خصومه بلا بينة، أما إذا لم تقع فليس له أن يعيده لأن هذا الأمر منوط برأيه وقد علمت أن السؤال ليس بواجب وإنما هو إحتياط، فإذا اقتضى رأيه إطلاقه فليس له أن يعيده بعد ذلك، ويدل عليه ما في البزازية: أطلق

....

الخصاف: يثبت الإفلاس بقول الشهود هو فقير لا نعلم له مالاً ولا عرضاً يخرج به عن الفقر. وعن الصفار: يشهدون أنه مفلس معدم لا نعلم مالاً سوى كسوته وثيابه ليلة واختبرناه سراً وعلناً ا هـ. وفي أنفع الوسائل: ولا تكون هذه شهادة على النفي فإن الإعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي؛ نبه عليه السغناقي ا هـ. واعلم أن الإخراج بمضي المدة مع إخبار واحد بحال المحبوس لا يكون من باب الثبوت حتى لا يجوز للقاضي أن يقول ثبت عندي أنه معسر؛ كذا في أنفع الوسائل. وفي النوازل: فقير لا شيء له ولا يجد من يكفله بنفسه لا يحبسه القاضي وخلى بينه وبين الغريم إن شاء لازمه وإن شاء ترك ا هـ وفي الخانية: فإن أحضر المحبوس المال ورب الدين غائب يريد تطويل الحبس عليه فإن كان القاضي يعلم بالدين ومقداره وصاحبه فإن شاء أخذ المال وخلاه وإن شاء أخذ منه كفيلاً ثقة بالمال والنفس وخلى سبيله، ولو مات الطالب والقاضي الذي حبسه وارثه لا غير قال بعضهم: يخلي سبيله كي لا يتهمه الناس. وقال بعضهم: يتركه في السجن حتى يقضي الدين ا هـ قوله: **(ولم يحل بينه وبين غرمائه)** أي لا يمنعهم من ملازمته عند الإمام، وقالا بالمنع عنها لكونه منظراً بأنظار الله تعالى وهي أقوى من أنظار العبد بالتأجيل ومعه لا ملازمة. وله أنه منظر إلى قدرته على الإيفاء وهو ممكن كل حين فيلازمونه كيلا يخفيه والدين حال بخلاف الأجل لأنه لا مطالبة له قبل مضيه. ولو كان المديون قادراً فظهر الفرق وبطل القياس ولذا قال في أنفع الوسائل: إن الصحيح قوله دائماً هو الصحيح. وفي المحيط: إنه ظاهر الرواية. وأحسن الأقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء ولا من العشاء ولا من الوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده ومن أحب. والصحيح أن الرأي فيه إلى صاحب الدين إن شاء لازمه بنفسه وإن شاء بغيره ولا عبرة بالمديون في رأيه. وفي المحيط قالوا: لا يلازمه بالليالي لأن الليالي ليست بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده في الليالي فالملازمة لا تفيد حتى لو كان الرجل يكتسب في الليالي قالوا يلازمه في الليالي؛ هكذا قال الفقيه أبو جعفر ا هـ. وفي البزازية: لا يلازمه في موضع معين لأنه حبس ولا يمنعه من دخول بيته لغائط أو غداء إلا إذا أعطاه الدائن وأعد له مكاناً للغائط وإن كان عمل المديون السقي، ولا يمنعه اللزوم من ذلك لازمه إلا إذا أعطاه نفقته ونفقة عياله فله إذا منعه من السعي. ولو أبى المديون ملازمة الغريم وقال اجلس مع الدائن له ذلك، وليس للدائن أن

القاضي والمحبوس لإفلاسه ثم أدعى عليه آخر مالاً وأدعى أنه معسر لا يحبسه حتى يعلم غيره قوله: **(وارثه)** أي وارث الطالب قول المصنف: **(ورد البينة على إفلاسه قبل حبسه)** قال الرملي: هذا إذا كان أمره مشكلاً أما إذا كان فقره ظاهراً يسأل القاضي عنه عاجلاً ويقبل البينة على الإفلاس ويخلي سبيله

....

يجلسه في الشمس أو على الثلج أو في مكان يتضرر به. ولو طلب المطلوب الحبس والطالب الملازمة لازمه. وملازمة المرأة أن تلازمها امرأة فإن لم يوجد حبسها في بيت مع امرأة وجلس هو على الباب أو المرأة في بيت نفسها وهو على الباب وليس له غير ذلك. وعن محمد: المرأة يلازمها الرجال بالنهار في موضع لا يخاف عليها الفساد ولا يخلون بها، وبالليل يلازمها النساء. وفي الواقعات: عليها حق له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها لأن هذا ليس بحرام، فإن هربت إلى خربة إذا كان يأمن على نفسه يدخل عليها ويكون بعيداً منها لحفظ نفسه لأن له ضرورة في هذه الخلوة كما قالوا فيمن هرب بمتاع إنسان ودخل داره له أن يدخل عقيبه ليأخذ حقه، ولو ادعى على آخر مالاً ولم يجلس القاضي أياماً لازم خصمه أياماً وإن طال ا هـ. وفي الهداية: لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر ا هـ. وفي البزازية: ويجوز الجلوس في المسجد لغير الصلاة لملازمة الغريم قال القاضي: المذهب عندنا أنه لا يلازمه في المسجد لأنه بني لذكر الله تعالى وبه يفتي. وفيها أيضاً: إن كان في ملازمة الغريم ذهاب قوته كلف أن يقيم كفيلاً بنفسه ثم يخلي سبيله وللطالب ملازمة الغريم بلا أمر القاضي إن كان مقراً بحقه قوله: (**ورد البينة على افلاسه قبل حبسه**) لأنها بينة نفي فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على وجه الوجوب، وما ذكره في الكتاب هو ما اختاره عامة المشايخ كما في الهداية وهو الصحيح كما في النهاية، وروي عن محمد قبولها وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى. وفي الخانية: وينبغي أن يكون مفوضاً إلى القاضي إن علم أنه وقح لا تقبل بينته قبل الحبس، وإن علم أنه لين قبلت بينته. وفسر الطرسوسي الوقاحة بالإغلاظ على المدعي في القول، واللين بالتلطف فيه، ونظيره ما قاله الخصاف في تعيين مدة الحبس إن كان المديون سمحاً بأخذ القاضي برواية الكفالة من التقدير بشهرين أو بثلاثة، وإن كان مفتياً أخذ بالأكثر؛ كذا في البزازية قوله: (**وبينة اليسار أحق**) أي من بينة الإعسار بالقبول عند التعارض لأن اليسار عارض والبينة للإثبات. وفي البزازية: كبينة الإبراء مع بينة الإقراض. وفي الخانية: فإن شهدوا أنه موسر قادر على قضاء الدين جاز وكفى ولا يشترط تعيين المال ا هـ. واستثنى في فتح القدير من تقديم بينة اليسار ما لو قال المدعي أنه موسر وقال المدعى عليه أعسرت بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدم لأن معها علماً بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ا هـ. والظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار

بحضرة خصمه اهـ. ووقع التقييد بإشكال أمره في عبارة البزازية كما قدمه المؤلف عند قوله «ثم يسأل عنه» وقدم هناك أن في المسألة روايتين وقدمنا هناك أن ما هنا هو الصحيح وعليه عامة

حبسه وبينة اليسار أحق وأبد حبس الموسر ويحبس الرجل لنفقة زوجته لا في دين ولده إلا إذا

بعد إعساره الذي ادعاه. أطلق في قبول بينة اليسار فأفاد قبولها إن لم يذكروا مقدار ما ملكه. وفي البزازية: ولم يشترط بيان ما به اليسار لأن المقصود منها دوام الحبس عليه ولم يبينوا مقدار ما يملك، ولو بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها وتمامه في القنية. وفي العناية فإن قيل: محمد قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأنهم لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جواز الشفيع وأنكر ملكه في الدار فبرهن الشفيع أن له نصيباً في هذه الدار ولم يبينوا مقداره. وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على أداء الدين وهي لا تكون إلا بملك مقدار الدين فثبت بها قدر الملك وفي النصيب لم يشهدوا بشيء معلوم فافترقا ا هـ. قوله: **(وأبد حبس الموسر)** لأنه جزاء الظلم إذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس، وأما كونه يعجل القاضي حبسه أو لا يحبسه حتى تظهر مماطلته فقدمناه، ولذا حمل صاحب الهداية قوله في الجامع الصغير أنه يؤبد حبس الموسر إذا أقر على ما إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة فظهرت مماطلته قوله: **(ويحبس الرجل بنفقة زوجته)** لأنه ظالم بالامتناع عن الانفاق. قيدنا بالامتناع لأنه لا يحبس في النفقة الماضية لأنها تسقط بمضي الزمان وإن لم تسقط بأن حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فلأنها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد؛ كذا ذكر الشارح، ومراده أن النفقة الواجبة المجتمعة داخلة تحت قوله لا في غيره فلا يحبس عليها إن ادعى الفقر إلا أن تثبت المرأة يساره، فإذا

المشايخ. قوله: **(والظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح)** قال في النهر: وينبغي أن يكون معناه يعني ما في الفتح بين سبب الإعسار وشهدوا به، وما البحر مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث بل بما هو سابق على الإعسار الحادث وبينة الإعسار تحدث أمراً عارضاً فقدمت اهـ. فتأمله. وقال الرملي أقول: بل هو فقه حسن ومجرد حدوث اليسار لا يمنع من ذلك إذا الكلام في قبول بينة الإعسار الحادث بعد ثبوت اليسار قبله، غاية ما فيه أن استثناءه من تعارض البينتين مستدرك إذ لا تعارض والحال هذه وإنما التعارض إذا قامتا في وقت واحد من غير تعرض للبعدية على أنه لم يذكره بصريح الاستثناء من تعارض البينتين وإنما قال كلما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنه تقدم لأن معها علماً فإنه تقدم لأن معها علماً بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال اهـ. فقوله «اللهم إلا أن يدعي الخ» يجوز أن يكون لمجرد توهم يقع في المسألة ذكر على سبيل الإفادة المجردة لا على سبيل الاستثناء تأمل اهـ. قلت: وقدمنا عن شرح أدب القضاء فإن أحضر المدعى عليه بينة بعد الحبس قبل هذا الوقت الذي ذكرنا بالعدم فشهدوا عند القاضي بذلك قال صاحب الكتاب أقبل ذلك وأخرجه عن الحبس وأفلسه وقدم المؤلف في شرح قوله «ثم يسأل عنه» عن السراج الوهاج معزياً إلى النهاية: لو ادعى المطلوب أنه معسر وأدعى الطالب اليسار فلا بد من أقامة البينة قوله: **(وتمامه في القنية)** حيث قال لأنها

....

ادعت المرأة بنفقة أو كسوة مقررة اجتمعت عليه وقال إني فقير فالقول له مع يمينه ولا يحبس إذا حلف، فإن أقامت بينة على يساره وطلبت حبسه حبسه القاضي قوله: **(لا في دين ولده)** أي لا يحبس أصل في دين فرعه لأنه لا يستحق العقوبة بسبب ولده ولذا لا قصاص عليه بقتله ولا بقتل مورثه، ولا يحد بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه. وقولهم هنا إنه لا قصاص بقتله يقتضي أن المراد الأصل أباً أو أماً أو جداً لأب أو لأم لتصريحهم في باب الجنايات أن الجد لأم لا قصاص عليه بقتل ولد بنته فكذا لا يحبس بدينه. وفي المحيط: ولا يحبس الأبوان والجدان والجدتان إلا في النفقة لولدهما اهـ. وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين الموسر والمعسر ولكن ينبغي أن يتنبه لشيء وهو أنه إذا كان موسراً وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا يحبس فالقاضي يقضي دينه من ماله إن كان من جنسه وإلا باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه، والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله. ولو قال المديون أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي ثلاثة ولا يحبسه، ولو له عقار يحبسه ليبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل كما في البزازية. وسيأتي تمامه في الحجر إن شاء الله تعالى فيبيع القاضي مال الأب لقضاء دين ابنه إذا امتنع لأنه لا طريق له إلا البيع وإلا ضاع. وقيد بدين الولد لأن الولد يحبس بدين أصله ويحبس القريب بدين قريبه كما في الخانية، وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن من لا يحبس سبعة: الأول الأصل في دين فرعه. الثاني المولى في دين عبده المأذون غير المديون وإن مديوناً يحبس لحق الغرماء. الثالث العبد، لا يحبس بدين مولاه، أطلقه الشارح فظاهره ولو كان مديوناً. الرابع المولى لا يحبس بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة وإلا يحبس لتوقفها على الرضا. الخامس لا يحبس المكاتب بدين الكتابة وإن كان ديناً آخر يحبس به للمولى. ومنهم من منعه لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز وصححه في المبسوط

قامت للمحبوس وهو منكر والبينة متى قامت للمنكر لا تقبل وقولهم إنه موسر ليس كذلك فيقبل اهـ. وحاصله أنهم لو شهدوا وقالوا إنه يملك العقار الفلاني مثلاً وهو منكر لا تقبل لأنه يقول لا أملك ذلك العقار وهم يشهدون له بأنه يملكه، والبينة متى قامت للمنكر لا تقبل بخلاف ما إذا قالوا إنه موسر لأنهم لم يشهدوا له بملك شيء بعينه فلم تكن شهادة له بل عليه لأجل إدامه الحبس فتقبل تأمل قول المصنف: **(لا في دين ولده)** قال الرملي: وقع الاستفتاء عن حبس الأب المكفول عنه لابنه إذا حبس الابن الكفيل هل للكفيل حبس الأب؟ فرأيت بخط بعض الموالي أنه إذا كان كفيلاً عنه لا يحبس إذا حبس هو ونقله عن القهستاني في الكفالة وقال به يشعر قضاء الخلاصة وكتب تحته لا عبرة بما قاله القهستاني في كتاب الكفالة فطلب مني تحقيق ذلك فقلت ربما أغتر القائل بعدم حبسه بقولهم لا يحبس أصل في دين فرعه متوهماً أن الكفيل إذا حبس الأب فقد صدق عليه أنه حبس أصل في دين فرعه ولا يغتر به لأنه إنما حبس لحق الكفيل ولذلك يرجع عليه بما أدى فهو محبوس

امتنع من الانفاق عليه.

وعليه الفتوى كما في أنفع الوسائل. السادس لا يحبس صبي على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب ولا وصي والرأي إلى القاضي فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء، وإن كان له أب أو وصي فإنه يحبس إذا امتنع من قضاء دينه من ماله ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب حتى لا يتجاسر إلى مثله إذا باشر شيئاً من أسباب التعدي قصداً، أما إذا كان خطأ فلا؛ كذا في المبسوط من كتاب الكفالة. وفي المحيط: وللقاضي أن يحبس الصبي التاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد فإن الصبي يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة. السابع إذا كان للعاقلة عطاء لا يحبسون في دية وأرش ويؤخذ من العطاء وإن لم يكن لهم عطاء يحبسون؛ كذا في البزازية. ويزاد هنا مسألتان قدمناهما لا يحبس المديون إذا علم القاضي أن له مالاً غائباً أو محبوساً موسراً فصارت تسعاً. قوله: **(إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه)** فيحبس لأنها لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد إهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له قتله دفعاً عن نفسه، وهكذا حكم الأجداد والجدات وإن علوا لأن في ترك الإنفاق سعياً في هلاكهم. وقيد في السراج الوهاج الولد بالصغر

بدينه الذي ثبت عليه أو سيثبت على قول من يجعلها ضماً في الدين، وعلى قول من يجعلها ضماً في المطالبة فلم يدخل في قولهم لا يحبس أصل في دين فرعه لأنه حبسه أجنبي فيما ثبت له عليه تأمل اهـ. وقدمنا عبارة القهستاني في كتاب الكفالة عند قوله «فإن لوزم لازمه» وأن الشرنبلالي أفتى بأنه ليس للابن في هذه الصورة حبس الكفيل لما يلزمه من حبس أصل الابن لا أنه ليس للكفيل حبسه وقدمنا الفرق بينه وبين عبارة القهستاني فراجعه قوله: **(ولكن ينبغي أن يتنبه لشيء الخ)** قال الفهامة العلامة شيخ الاسلام الشيخ محمد الغزي: وفي جواهر الفتاوى: رجل له على أبيه مهر أمه أو دين آخر فأقر أو أقام البينة فإنه لا يحبس ما لم يتمرد على الحاكم فإذا تمرد عليه يحبس؛ وهذا بخلاف نفقة الولد الصغير فإنه يحبس فإن فيه صيانة مهجته اهـ. أقول: ما ذكره الشارح من أنه يبيع عليه ماله لقضاء دينه يغني عن حبسه اهـ. ما ذكره الغزي؛ كذا في حاشية الرملي. قوله: **(والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله)** قال الرملي: المنقول في كتاب الحجر أن ماله ودينه لو كانا دراهم قضى بلا أمره، وكذا إذا كانا دنانير، ولو دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع في دينه، وهذا بالإجماع ولم يبع عرضه وعقاره عند أبي حنيفة، وعندهما يباع؛ كذا في تبيين الكنز. وفي الاختيار وقالا: يبيع وعليه الفتوى. وقال القاضي: وفي قول صاحبيه يبيع منقوله ولا يبيع عقاره عندهما، وفي رواية يبيع كما يبيع المنقول وهو الصحيح اهـ. ذكره الغزي قوله: **(وإن كان له أب أو وصي فأنه يحبس الخ)** قال في النهر قال الطرسوسي: ويؤخذ من هذا أنه ليس للقاضي ولا نائبه بيع عقاره ولا ماله مع وجودهما لأنه لو كان له لأمر بالبيع قبل الحبس قال ابن وهبان: وهي فائدة حسنة قوله: **(وقيد في السراج الوهاج الولد بالصغر والفقر)** قال في المنح: والظاهر أنه ليس بقيد احترازي عن البالغ الزمن الفقير

....

والفقر فظاهره أنه إذا كان بالغاً زمناً فقيراً لا يحبس أبوه إذا امتنع من الإنفاق عليه مع أن النفقة واجبة عليه وفيه تأمل لا يخفى. والحاصل أنه إذا امتنع من الإنفاق على أصله وإن علا وفرعه وإن سفل وعلى زوجته يحبس. وفي فتح القدير: ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلاً كالدانق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لأن العقوبة تستحق بالظلم وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق فهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق، فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فإنه ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعته يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير اهـ. وفي فتاوى قارئ الهداية: إذا لم يكن الزوج صاحب مائدة وعلم القاضي أنه يضارها في الإنفاق فرض نفقتها عليه دراهم بقدر حالهما، وإذا امتنع من أن يفرض شيئاً حبس حتى يفرض اهـ. وهو مشكل لأن القاضي يفرض إذا امتنع فلا حاجة إلى فرض الزوج ليحبس إذا امتنع والله أعلم.

تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

فإنه في معنى الصغير كما لا يخفى فيحبس أبوه إذا امتنع من الإنفاق عليه كما هو الظاهر وقد فهم شيخنا في بحره منه أنه احترازي قوله: (**وهو مشكل لأن القاضي يرفض إذا امتنع الخ**) قال في المنح: إذا حمل قوله: (**وإذا امتنع من أن يفرض على عدم قبوله لما فرضه عليه القاضي والامتناع من الإنفاق يزول الإشكال**).

فهرس محتويات

الجزء السادس

من

البحر الرائق



فهرس المحتويات

كتاب الصرف

كتاب الكفالة

كتاب الحوالة

كتاب القضاء